

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA MISE EN GAGE DES CRÉANCES

ET SPÉCIALEMENT

DE L'AVANCE SUR TITRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le vendredi 31 mai 1907, à une heure

PAR

HENRI GUIONIN

LICENCIÉ ÈS-LETTRES

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

(4 prix, 2 mentions)

Président : M. LYON-CAEN.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, { professeurs.
 { THALLER, {*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907



THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA MISE EN GAGE DES CRÉANCES

ET SPÉCIALEMENT

DE L'AVANCE SUR TITRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le vendredi 31 mai 1907, à une heure

PAR

HENRI GUIONIN

LICENCIÉ ÈS-LETTRES

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

(4 prix, 2 mentions)

Président : M. LYON-CAEN.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, { professeurs.
 { THALLER, {*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1907



Digitized by the Internet Archive
in 2026

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.....	Pages 1
Fonctionnement économique du gage sur créances ; l'avance sur titres, son rôle, son développement ac- tuel, p. 1. — Problème juridique que soulève le contrat de gage sur créances ; état actuel des textes ; plan de l'étude, p. 5. — But de ce travail ; importance de la jurisprudence ; ses résultats, p. 16.	
CHAPITRE I. — Des caractères propres au contrat de gage sur créances et des cas dans lesquels il y a gage sur créances.....	19
Comment se pose, en matière de gage sur créances, le problème de l'interprétation des volontés.....	19
A. — Caractères propres au contrat de gage sur créances par rapport aux contrats voisins.....	21
1° <i>Le gage et la vente des titres</i>	21
Vente à tempérament.....	22
Report.....	22
Lombardgeschaeft.....	25
2° <i>Le gage et la dation en paiement des titres</i>	26
Contrat de couverture.....	26
B. — Cas dans lesquels il y a gage sur créances.....	30
1° <i>Le gage et le compte-courant</i>	30
Cas pratique : l'avance sur police d'assurances sur la vie, p. 30. — Analyse de ce contrat et explica- tions proposées, p. 31. — Utilité du choix, p. 33. — Théorie du compte courant, p. 35. — Théorie du prêt sur nantissement, p. 36. — Justification et adoption de cette théorie, p. 37.	
2° <i>Le gage et le mandat d'émettre</i>	37
Cas pratique : le nantissement d'obligations non sous- crites, p. 38. — Utilité de cette convention, p. 39. — Deux théories en présence, celle du gage et celle	

	Pages
du mandat, p. 40. — Jurisprudence fiscale, p. 41. — Distinction des questions fiscale et de fond, p. 45. — Jurisprudence sur la question de fond, p. 46. — Exposé et réfutation de la théorie du mandat, p. 52. — Théorie du nantissement, p. 55. — Justification de cette théorie, p. 62.	
3° <i>L'avance sur titres contrat distinct</i>	66
Cas dans lesquels s'est posée la question, p. 66. — Jurisprudence civile, p. 68. — Jurisprudence fiscale, p. 70. — Identité de l'avance sur titres et du nantissement, p. 71.	
RÉSUMÉ : cas dans lesquels il y a vraiment gage sur créances	72
CHAPITRE II. — Formalités constitutives du gage sur créances : 1° Rédaction d'un acte écrit.	73
Quand la rédaction d'un acte est nécessaire, p. 73. — Distinction du gage civil et du gage commercial, p. 73. — Gage civil des titres au porteur, p. 74. Valeur pratique de la distinction entre gage civil et gage commercial, p. 75. — Impossibilité de l'ap- pliquer à l'avance sur titres en banque, p. 76. — Un remède possible : loi de 1830 sur l'enregistre- ment des actes commerciaux de prêts sur gage, p. 78. — Substitution d'un droit fixe au droit pro- portionnel, p. 79. — Portée de la loi ; on ne peut l'appliquer au gage civil, p. 83.	
CHAPITRE III. — Formalités constitutives du gage sur créances : 2° Signification et formalités équivalentes.	85
La signification et les formalités équivalentes, endos- sement et transfert de garantie, p. 85. — Réforme de 1863 ; parallélisme des formes du nantissement et de celle de la cession, p. 86. — Conséquences de cette idée, p. 87.	
<i>Portée exacte de la réforme</i>	88
1° Extension de la réforme du gage civil	89
2° Résultats de la réforme : La signification peut- elle encore être employée pour la mise en gage : des créances nominatives ou à ordre ? p. 91 ; — des rentes sur l'État ? p. 94 ; — des titres au porteur ? p. 95.	
CONCLUSION	100

	Pages
CHAPITRE IV. — Formalités constitutives du gage sur créances : 3° Mise en possession.	102
En quoi consiste la mise en possession : la remise du titre, p. 102. — Caractère traditionnel de ce procédé, p. 103. — Importance que lui attribue la jurisprudence, p. 103.	
Du rôle joué par la remise du titre ; elle est à la fois requise entre les parties et dans l'intérêt des tiers, p. 103. — De la remise du titre envisagée dans les rapports entre créancier gagiste et donneur de garantie ; le contrat réel, p. 106. — Jurisprudence et critique, p. 107.	
De la mise en possession ; mesure de publicité à l'égard des tiers.	107
1° La mise en possession est nécessaire.	107
Importance accordée par la jurisprudence à la remise du titre : c'est la mesure de publicité par excellence, p. 108. — Inconvénients de ce système, p. 109. — Conséquences du système, p. 110.	
A. — Mise en gage d'une créance sans titre ; la jurisprudence considère cette mise en gage comme impossible, p. 110. — Cas de la créance future, p. 111. — Cas de la créance sans titre ou dont le titre n'a pas été remis au créancier gagiste, p. 114. — Impossibilité de suppléer à la remise du titre par une autre mesure de publicité, p. 116.	
B. Pluralité de titres pour une même créance, p. 120	
Inconvénients et dangers de cette pluralité de titres ; les tiers ne sont plus garantis, p. 121. — Peu d'importance qu'attache la jurisprudence à cette question, p. 121. — Cas pratiques : 1. Nantissement par remise d'une simple expédition : cas de la créance notariée, p. 123. — 2. Nantissement par remise d'un récépissé de dépôt, p. 126. — Nécessité d'une réforme législative, p. 137.	
MISÉ EN POSSESSION PAR L'INTERMÉDIAIRE D'UN TIERS CONVENU.	137
1. Qui peut être convenu : un tiers quelconque, p. 138 ; — un précédent créancier gagiste, p. 141 ; — le donneur de garantie lui-même, p. 143.	

2. Publicité de la mise en possession au cas de tiers convenu, p. 144.

2° *La mise en possession peut-elle être suffisante ?* 147

Développement de la jurisprudence à cet égard, p. 148.

Interprétation donnée par elle des alinéas 2 et 3 de l'art. 91 C. com, p. 149. — Historique de la jurisprudence, p. 150. — Réfutation de l'explication donnée par la jurisprudence des alinéas 2 et 3 de l'art. 91, p. 153. — Comparaison du créancier gagiste et du créancier chirographaire nanti du titre, p. 155. — Tendances différentes de la jurisprudence en matière de cession de créances et en matière de nantissement, p. 157. — Rapprochement avec le nantissement par simple remise du certificat de propriété dans le système Torrens, p. 160. — Conclusion : Différence entre la remise du titre sûreté de fait et la véritable mise en gage des créances, p. 162.

CHAPITRE V. — Des effets du contrat de gage pendant la durée du contrat 164

Principes généraux, p. 164. — Insuffisance de notre législation sur ce point. 165

1° Rapports du créancier gagiste avec le débiteur de la créance engagée. 166

2° Rapports du créancier gagiste avec le donneur de garantie. 171

3° Rapports du créancier gagiste avec les tiers. 177

CHAPITRE VI. — Des effets du contrat de gage à l'échéance 186

Rappel du droit commun, p. 186. — Du droit de vendre que possède le créancier gagiste p. 187. —

Exercice de ce droit. 188

1° Titres négociables en bourse. 188

2° Titres non négociables en bourse et créances à personnes dénommées. 190

CONCLUSION 197

INTRODUCTION

**La mise en gage des créances ; son rôle économique ;
le problème juridique qu'elle soulève.**

1. — Il est devenu banal, depuis quelques années, de mettre en relief l'importance sans cesse croissante du gage dans toutes les manifestations de la vie économique. Le nantissement des créances est, de toutes les variétés de ce contrat, l'une des plus fréquentes et des plus curieuses à étudier. La multiplicité des titres de crédit, le développement de l'assurance sur la vie, mille autres causes qui tendent à substituer, dans la composition des fortunes, au droit réel de propriété de simples droits de créance, en rendent l'usage indispensable.

2. — Sous sa forme courante, connue de tous, il se présente accompagné d'un prêt, et constitue ce que l'on appelle l'avance sur titres ; cette opération, qui occupe à elle seule l'un des services les plus importants de nos grands établissements de crédit, qu'on utilise journellement dans la pratique des affaires, répond à un besoin très précis. Elle a généralement pour but de procurer, à celui qui y recourt, un crédit momentané ; et par là, elle forme un saisissant contraste avec l'hypothèque, ordinaire garantie des prêts à longue échéance, où le créan-

cier s'efforce au contraire d'éviter un remboursement anticipé. D'ailleurs le prêteur, pour lequel l'avance constitue une opération avantageuse, n'est pas un capitaliste, un rentier, qui désire placer ses fonds et n'avoir plus à s'occuper de leur maniement; c'est généralement une puissante société financière qui cherche, dans sa clientèle, des emplois constamment renouvelés pour les grosses sommes mises à sa disposition par l'ensemble de ses déposants.

3. — Ainsi comprise, l'avance sur titres constitue l'instrument le plus parfait de crédit réel mobilier. L'acheteur, auquel l'argent manque pour conclure tel ou tel marché, le spéculateur, qui ne peut régler le montant de ses différences, le commerçant, qui a besoin d'une ouverture de compte, n'ont souvent pas ce crédit personnel, cette notoriété si difficile à acquérir de nos jours, qui leur permettraient de trouver sans peine le capital nécessaire à la réussite de leurs entreprises. Possèdent-ils des titres, une fortune mobilière personnelle? Rien ne leur sera plus facile que de se le procurer. On ne refusera pas au titre, coté chaque jour en Bourse, cette confiance que leur personne ne réussit pas à inspirer.

4. — C'est qu'en effet l'avance sur titres donne au prêteur une sécurité à peu près absolue. La garantie immobilière présente souvent cet inconvénient d'être d'une réalisation difficile; on ne connaît exactement la valeur d'un immeuble, que le jour où un acheteur en a offert un prix déterminé. La négociation du titre, au con-

traire, est presque toujours chose aisée. Le seul danger que court le créancier auquel des titres ont été remis en garantie, c'est d'être surpris par une baisse imprévue et profonde, qui ne lui permettrait plus de trouver dans la vente du gage la contre-partie des sommes qu'il a avancées. Aussi a-t-on soin de laisser, entre la valeur des titres au jour où l'avance est consentie et le montant de cette avance, une marge suffisante. Cette marge varie, suivant la qualité des titres remis en garantie par l'emprunteur ; s'agit-il de fonds d'Etat de premier ordre, les chances de baisse sont réduites au minimum, et le donneur de garantie obtiendra facilement 60, 70, peut-être même 80 p. 100 de la valeur actuelle de ses titres ; au contraire, s'il n'a à sa disposition que des titres aléatoires, valeurs minières ou industrielles peu sûres, susceptibles de fluctuations déordonnées, le prêteur se montrera plus exigeant et la marge grandira en proportion des risques courus.

5. — Le seul défaut sérieux, qu'on puisse reprocher à cette forme de crédit, c'est de faire peser sur les emprunteurs une charge assez lourde (1). Il ne faut pas oublier, en effet, que l'avance sur titres est un moyen pour les commerçants de se procurer à la banque les capitaux dont ils ont besoin. Aussi le taux de l'avance est-il en corrélation étroite avec le taux de l'escompte. Que l'argent vienne à être rare, qu'il se produise un renchérissement des capitaux, le taux de l'avance et le taux de l'escompte subi-

(1) Leroy-Beaulieu, *L'Art de placer et de gérer sa fortune*, chapitre intitulé : L'avance sur titres.

ront une hausse parallèle. C'est ainsi que, lors de la dernière tension monétaire, survenue au début de 1907, la Banque de France a fait précéder l'élévation du taux de l'escompte de 3 p. 100 à 3 1/2, d'une élévation du taux des avances de 3 1/2 p. 100 à 4 p. 100.

Or, c'est précisément dans ces moments de crise que le groupe d'emprunteurs, — commerçants gênés, spéculateurs trop fortement engagés —, auxquels l'avance sur titres offre les ressources les plus précieuses, souffre surtout du manque d'argent. De là vient une certaine prévention à l'égard de l'avance sur titres, que l'on a souvent signalée dans le monde du commerce. Le commerçant, qui met ses titres en gage, est considéré par certains comme besogneux; on voit une marque de gêne dans le fait de recourir à ce mode d'emprunt, que beaucoup considèrent comme la suprême ressource.

6. — Cependant, il est bon de remarquer que ces méfiances et ces préventions deviennent de jour en jour plus rares; elles ne sont plus que le souvenir attardé d'une époque où la fortune mobilière n'avait pas pris son développement actuel. Aujourd'hui, le Mont-de-Piété a cessé d'être le seul établissement où le crédit réel mobilier joue un rôle. Cette forme de crédit est devenue une des plus importantes manifestations de la vie économique moderne (1).

Elle déborde même le cadre trop étroit de l'avance sur

(1) Cf. les revues financières de M. Manchez dans les numéros du journal *Le Temps* des lundis 1, 8, 15, 24, 31 décembre 1906, 9 et 23 mars 1907.

titres de Bourse proprement dits. Le nantissement, en effet, est presque le seul moyen d'utiliser une foule de créances, dont la vente reste pour ainsi dire impossible. Qu'il s'agisse de créances résultant d'un partage de communauté ou de succession, de parts sociales, de nues-propriétés de titres, de polices d'assurance sur la vie, la négociation est souvent très désavantageuse, quelquefois même impossible, pour le titulaire pressé d'obtenir de l'argent ; reste la dation en garantie. De là vient l'utilité économique du gage sur créances, et le rôle qu'il joue dans dans le domaine des faits.

*
* * *

7. — C'est cette complexité croissante des phénomènes économiques, cette utilisation de plus en plus fréquente des créances, comme moyen d'obtenir du crédit, qui a suscité le problème juridique dont nous abordons l'examen. Il vient de la nature toute particulière de l'objet de la garantie. Ce n'est point, en effet, sur un meuble corporel, sur une chose, que porte dans ce cas le privilège du créancier gagiste, mais sur un rapport de droit entre deux personnes, le créancier et le débiteur de la créance engagée,

On conçoit donc qu'il existe, pour cette forme de nantissement, tout un ensemble de règles spéciales destinées, d'une part, à déterminer les rapports nés, du fait du gage, entre le créancier gagiste, le donneur de garantie et le

débiteur de la créance engagée ; d'autre part, à assurer la publicité d'un privilège qui, pour être efficace, doit devenir opposable aux tiers et particulièrement aux créanciers chirographaires du débiteur gagiste.

Cette réglementation existe dans la loi française ; le Code civil et le Code de commerce contiennent des dispositions relatives à la mise en gage des créances. Malheureusement, ces dispositions sont parmi les plus confuses et les plus discutées de toute notre législation ; de plus, comme nous allons le voir, elles offrent le grave inconvénient d'être très incomplètes.

8. — A l'origine, le Code civil seul s'occupait du nantissement des créances ; l'art. 2075 établissait, pour la constitution de ce contrat de gage, des formalités très analogues à celles que l'art. 1690 prévoit pour la cession des créances. C'était la rédaction d'un acte authentique ou sous seing privé enregistré, la signification de cet acte au débiteur de la créance engagée ; il fallait y joindre la mise en possession, que l'art. 2076 prescrit en termes généraux pour tous les contrats de gage, quel que soit l'objet de la garantie.

Ainsi comprise, cette réglementation ne convenait parfaitement qu'aux créances à personnes dénommées, à celles dont la cession s'opère conformément à l'art. 1690 C. civ. Or, dans la suite, la mise en gage des créances se développa surtout, nous l'avons vu, pour des créances de nature différente, négociables, pour des titres au porteur, nominatifs, etc., et sous forme d'avances sur titres. Ce genre

de nantissement ne tarda pas à devenir une des branches les plus importantes du commerce de banque.

Mais ce titre, qui forme dans l'avance sur titres l'objet de la garantie, ce titre négociable, nominatif, à ordre ou au porteur, n'est point soumis pour sa transmission aux formalités un peu surannées de l'article 1690. Allait-on continuer à exiger, pour le nantissement de pareilles valeurs, l'accomplissement des prescriptions de l'article 2075, conçues pour les créances à personnes dénommées ?

9. — C'est sous la pression de ces nécessités économiques que fut votée la loi du 23 mai 1863. La réforme, introduite par cette loi, consiste, en principe, à créer pour chaque catégorie de titres un procédé spécial de mise en gage, imité des formes de la cession. Ainsi, au transfert en pleine propriété des titres nominatifs, correspond le transfert de garantie ; à l'endos en pleine propriété des titres à ordre, l'endos de garantie ; enfin, il est sous-entendu que la mise en gage des titres au porteur, cessibles par simple tradition, peut désormais se faire par simple tradition.

En bonne logique, les réformateurs auraient dû donner à leur texte la portée la plus générale, établir une corrélation étroite entre la forme du titre et celle du nantissement.

Au lieu d'agir ainsi, ils mutilèrent en quelque sorte la loi nouvelle et lui enlevèrent une grande partie de son utilité pratique, en lui infligeant une double restriction :

1° Tout d'abord la loi du 23 mai 1863 ne prenait pas place dans le Code civil. Les législateurs l'insérèrent dans le Code de commerce, au titre du commissionnaire, où elle forma une première section intitulée du gage, et comprenant les nouveaux articles 91, 92 et 93. La réforme était donc cantonnée dans le droit commercial; elle ne visait en conséquence que le gage commercial; pour le gage civil, les difficultés restaient aussi grandes que par le passé.

2° Même en matière commerciale, le nouvel article 91 n'enlevait pas à l'art. 2075 C. civ. toute possibilité d'application au nantissement des créances pour lesquelles des procédés nouveaux de mise en gage étaient prévus. En effet, les alinéas 2 et 3 de cet article ne présentent pas un caractère impératif; ils ne disent pas que la mise en gage des titres nominatifs ou à ordre doit se faire par voie de transfert ou d'endos de garantie. L'emploi de ce transfert et de cet endos y est donc représenté comme simplement possible. D'où un conflit inévitable entre le droit commun du gage sur créances représenté par l'art. 2075 C. civ., et les dispositions spéciales au nantissement commercial de certaines créances, contenues dans l'art. 91 C. com.

10. — Aussi, après la réforme de 1863, pouvait-on dire que la législation relative au gage sur créances, loin d'avoir gagné en clarté et en précision, présentait encore plus de confusion et d'obscurité que par le passé.

La confusion d'ailleurs n'est pas le seul défaut qu'on puisse lui reprocher. Outre les difficultés d'interprétation

très sérieuses qu'ils soulèvent, les art. 2075 C. civ et 91 C. com. présentent le grave inconvénient d'être fort incomplets. Ils ne s'occupent, en effet, que d'organiser les formalités constitutives du gage sur créances.

Or, dans un contrat de cette nature, il n'y a pas que les modes de constitution dont on doit s'occuper. Il reste encore, indépendamment de cette très grosse question, à déterminer quelles créances sont susceptibles d'être mises en gage et dans quel cas il y a nantissement et non point tel ou tel contrat voisin, dont les règles sont toutes différentes. De plus, une fois le droit de gage constitué, il faut voir dans quelle mesure les rapports réciproques du donneur de garantie avec son propre débiteur s'en trouveront modifiés. Enfin se pose la question de la réalisation du gage.

Autant de problèmes sur lesquels la loi ne se prononce pas, et que nous aurons à examiner. La jurisprudence, en revanche, nous fournit des documents de plus en plus nombreux sur tous ces points, au fur et à mesure que l'avance sur titres devient plus fréquente en pratique.

Il serait donc insuffisant de s'en tenir à la seule critique des dispositions législatives; une étude sérieuse de la mise en gage des créances exige que l'on interroge la jurisprudence, qu'on se préoccupe des tendances de la pratique et qu'on fasse appel aux données fournies par le droit comparé.

Tel est précisément notre but. Pour cela, nous déterminerons en premier lieu les cas dans lesquels on se

trouve réellement en présence d'un nantissement de créance. Cette détermination est d'autant plus délicate, que le contrat de gage sur créance se présente souvent en pratique sous l'aspect d'une convention assez compliquée, dans laquelle il est aussi difficile de retrouver la véritable intention des parties, que de préciser les rapports juridiques qui les unissent. La jurisprudence la plus récente nous offre deux exemples frappants de ces conventions de nature douteuse, dont l'interprétation soulève les controverses les plus vives ; c'est l'avance sur police, consentie par l'assureur à l'assuré au cours d'un contrat d'assurance sur la vie. C'est aussi l'opération dite mise en gage d'obligations non souscrites, dont la pratique se généralise de plus en plus. Nous aurons à examiner en détail ces deux types très spéciaux de nantissement de créances.

11. — Nous aborderons ensuite l'étude des formalités constitutives du gage de créances, prévues par les articles 2075 et 2076 C. civ., 91 et 92 C. com., et nécessaires pour que le privilège du créancier gagiste soit opposable aux tiers.

Ces formalités peuvent être rangées sous trois chefs différents :

1^o La rédaction d'un acte public ou sous-seing privé enregistré, prescrite par l'art. 2075, et toujours indispensable en matière de gage civil.

2^o La signification de l'acte constitutif de gage au débiteur de la créance engagée, prévue par l'art. 2075, en termes très généraux pour toutes espèces de créances.

L'art. 91 C. com., au contraire, n'exige plus cette signification que pour les créances à personnes dénommées, et permet de la remplacer soit par le transfert de garantie pour les titres nominatifs, soit par l'endos de garantie pour les titres à ordre.

3° La mise en possession, mesure de publicité commune à tous les contrats de gage quel que soit leur objet, et réalisée en matière de créances pour la remise du titre au créancier gagiste ou à un tiers convenu : art 2076 C. civ. et 92 C. com.

D'ailleurs ces trois formalités présentent un caractère commun ; elles sont toutes trois destinées à avertir le débiteur de la créance engagée de l'existence du privilège du créancier gagiste.

Au lieu d'adopter, pour exposer les problèmes qui se rattachent à la constitution du gage des créances, le plan traditionnel, qui consiste à examiner séparément chaque catégorie de créances, titres nominatifs, à ordre, au porteur, créances à personnes dénommées, d'abord en droit civil et ensuite en droit commercial, nous préférons étudier l'une après l'autre les trois formalités constitutives que nous venons d'énumérer. Nous éviterons ainsi un certain nombre de redites, qui, dans le cas contraire, ne manqueraient pas de s'imposer.

12. — Nous examinerons donc tout d'abord la première condition mise par la loi à la constitution d'un droit de gage opposable aux tiers ; c'est la rédaction d'un acte authentique ou sous seing privé enregistré. Cette forma-

lité est particulière au gage civil, et en droit commercial, l'art. 91 al. 1, permet de s'en dispenser. Aussi conviendrait-il de rechercher, à ce propos, le bien fondé de la distinction entre gage civil et gage commercial, et de montrer, le cas échéant, ses inconvénients pratiques.

A propos de la signification, et des formalités équivalentes, endos et transfert de garantie, il est indispensable d'être fixé sur la portée exacte de la réforme de 1863, soit en droit civil, soit en droit commercial. Cette recherche comporte l'examen des difficultés qui se rattachent à l'interprétation de l'art. 91 C. com., l'un des textes les plus obscurs de toute notre législation commerciale.

13. — Quant à la mise en possession, son application au gage des créances soulève un problème des plus compliqués. La mise en possession, en effet, n'est pas particulièrement bien adaptée à un pareil nantissement. Les Codes civil et de commerce prévoient la mise en possession en termes très généraux, mais ils négligent de dire comment le créancier gagiste pourra être mis en possession, au cas où son privilège portera sur une créance. En présence du silence des textes sur ce point capital, trois tendances contradictoires se manifestent en doctrine et en jurisprudence.

La théorie classique adoptée par la plupart des auteurs, peut se résumer de la façon suivante : la mise en possession remplit, en matière de créances, un rôle exactement semblable à celui qu'elle joue dans tout autre nantissement. Mais au lieu de porter sur le droit lui-même, qui n'est pas susceptible de possession, la mise en possession

a pour objet le titre, représentation matérielle de la créance engagée. Cependant, ajoute-t-on, une différence notable subsiste entre le gage des créances et le gage de toute autre valeur, corporelle ou incorporelle. Lorsqu'il s'agit d'une valeur quelconque, meuble corporel, brevet d'invention, droit de propriété artistique et littéraire, la mise en possession est, avec la rédaction de l'acte authentique ou sous-seing privé enregistré, exigible en matière civile, la seule mesure de publicité destinée à porter le privilège du créancier gagiste à la connaissance des tiers. Au contraire, si le nantissement porte sur une créance, la loi prévoit une troisième forme de publicité, signification, transfert, endos de garantie, destinée à avertir le débiteur de la créance engagée. En d'autres termes, la mise en gage des créances comporte une formalité de plus que la mise en gage d'une valeur quelconque ; au lieu de se contenter de la mise en possession, la loi exige en outre, suivant la forme du titre, une signification, un transfert ou un endos de garantie. Les titres au porteurs seuls, assimilables aux objets corporels, échappent à cette multiplicité de formes.

Deux auteurs ne se rallient point à cette manière de voir. M. Thaller (1) et M. Colmet de Santerre (2) estiment que la nécessité de la mise en possession ne concerne pas

(1) Thaller, *Traité élémentaire de dr. commercial*, 1^{re} édit., p. 575 et sq.

(2) Colmet de Santerre, VIII, n° 302 bis. — Cf. aussi sur ce point, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, p. 63 et sq.

la mise en gage des créances. « Si le déplacement de la possession, dit M. Thaller, constitue pour les meubles corporels et pour les titres au porteur une condition qui s'ajoute à la forme du gage, on n'en saurait dire autant, selon nous, des créances civiles, ni même des créances négociables, nominatives ou à ordre. La signification de l'art. 2075, le transfert ou l'endossement, rendent le nantissement suffisamment public pour qu'on puisse se dispenser de tout autre fait de tradition. Qu'est-ce que la possession ? L'exercice extérieur et non équivoque d'un droit. Lorsque le créancier gagiste a fait signifier le nantissement au débiteur, qu'il a obtenu un transfert à son nom, bénéficié d'un endos sur le titre, c'est lui qui est qualifié aux yeux des tiers pour faire valoir cette créance ou ce titre... On ne voit pas dès lors pourquoi l'on imposerait par surcroît la remise au créancier gagiste du titre de créance, de l'action ou de l'effet, en faisant de cette remise une condition substantielle du gage. Livrer un titre, ce n'est pas mettre un créancier en possession (1). » Ainsi, pour ces deux auteurs, la mise en gage d'une créance comporterait une mesure de publicité originale, variable suivant la nature du titre ; signification, transfert ou endos de garantie. Quant à la mise en possession, ce serait le genre de publicité réservé au nantissement des objets corporels et des titres au porteur.

Enfin la jurisprudence, — se séparant aussi bien de la

(1) Thaller, *Traité élém.*, 1^{re} édit., p. 575 et 576.

théorie classique, qui exige à la fois mise en possession et signification, endos ou transfert, que du système proposé par MM. Thaller et Colmet de Santerre, qui se contente de la signification, du transfert ou de l'endos de garantie pour déclarer le privilège du créancier gagiste opposable aux tiers,—la jurisprudence, dis-je, semble accorder toutes ses préférences à la mise en possession, au détriment des formalités destinées à porter le contrat de gage à la connaissance du débiteur de la créance engagée. C'est ainsi qu'un certain nombre d'arrêts ont admis, en matière commerciale, la validité d'un droit de gage portant sur des titres nominatifs ou à ordre, et constitué par simple remise du titre, sans qu'il ait été fait aucun transfert ou endos de garantie. En définitive la jurisprudence est allée si loin dans cette voie, qu'on peut dire qu'à l'heure actuelle elle reconnaît, dans bien des cas, la qualité de créancier gagiste à celui qui n'est, en définitive, qu'un simple créancier chirographaire nanti d'un titre appartenant à son débiteur. Pour elle, la mise en possession par remise du titre constitue donc la mesure de publicité par excellence du nantissement sur créances.

On voit, par ce simple énoncé, quelles complications soulève l'étude de la mise en possession. Et ces complications sont d'autant plus grandes, qu'indépendamment du cas où le titre a été directement remis au créancier gagiste, il nous faudra examiner la mise en possession par l'intermédiaire d'un tiers convenu entre les parties.

14. — Une fois terminé l'examen des formalités cons-

titutives du gage de créances, nous nous attacherons à son fonctionnement. Du fait qu'un privilège lui a été concédé, le créancier gagiste s'immisce dans les rapports qui unissent le donneur de garantie avec son débiteur. Quelles modifications ces rapports subiront-ils de ce chef? Il ne saurait être question de modifications de droit, car, à une exception près, la loi ne concède au créancier gagiste aucun droit direct contre le débiteur de la créance engagée. En revanche, l'obligation où se trouve le créancier gagiste de garder par devers lui le titre pour conserver à l'encontre des tiers son droit de préférence, a, en fait, sur les rapports du donneur de garantie avec son débiteur, une répercussion profonde. Comment la jurisprudence a-t-elle essayé de remédier à cet état de fait? Quels palliatifs propose la doctrine? C'est ce que nous aurons à examiner.

15. — Enfin, et pour être complet, nous rappellerons les droits du créancier gagiste à l'échéance. D'ailleurs, il sera à peine besoin d'insister sur ce point : que le nantissement porte sur un objet corporel ou sur une créance, ces droits sont les mêmes. Le créancier gagiste devra procéder à la vente pour être payé ensuite par préférence sur le prix, et le contrat de gage sur créances ne se distingue pas à ce point de vue de tout autre nantissement. Il suffira donc de s'en tenir au droit commun.

* * *

16. — Ainsi, c'est l'énorme disproportion existant, à

l'heure actuelle, entre le développement économique pris par le nantissement des créances sous toutes ses formes et les dispositions légales correspondantes, qui constitue tout l'intérêt de cette étude. Sans doute, en 1863, le législateur a bien eu l'intention de mettre les textes à même de répondre aux besoins nouveaux, qui se faisaient jour dès cette époque. Mais le but qu'il se proposait alors n'a pas été atteint, et la réforme réalisée à ce moment encourt un double reproche presque contradictoire : trop minutieuse, gênante et difficile à interpréter sur certains points, par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer les formalités constitutives du gage, elle présente au contraire à d'autres égards les plus regrettables lacunes.

Aussi l'examen de la jurisprudence offre-t-il, en toute cette matière, une importance capitale. Son rôle n'a pas été de suppléer au silence des textes par une construction juridique inédite, comme elle l'a fait par exemple pour le contrat d'assurance sur la vie. Nous la verrons bien plutôt s'efforcer de tirer le meilleur parti possible d'une législation défectueuse. Aux prises avec les difficultés de la pratique, appelée à régler des rapports chaque jour plus compliqués, plus tenus, elle a tenté d'assouplir une réglementation trop lourde, trop pesante à manier, quelquefois même en opposition directe avec les nécessités journalières, de même qu'elle a essayé souvent d'en compléter les lacunes certaines.

17. — Nous ne prétendons pas que la jurisprudence ait pleinement réussi dans cette double tâche. Nous tenterons,

en exposant les résultats auxquels elle a abouti, et dont beaucoup sont d'hier, de critiquer son procédé et d'indiquer ce qui reste à faire. Nous nous inspirerons, dans ce but, de la méthode d'interprétation qui est la sienne et qui consiste à chercher, entre la rigidité des textes et les besoins les plus urgents de la pratique, un terrain de transaction.

Après avoir parcouru les diverses parties de ce travail, nous serons à même de constater que le nantissement des créances n'est plus, à beaucoup près, ce contrat aux contours nets, à la physionomie précise, dont les Codes traacent le portrait. A se plier aux exigences de mille situations nouvelles, de mille combinaisons imprévues, le cadre légal semble avoir subi bien des déformations ; du contrat de garantie proprement dit, seul prévu et réglementé par la loi, la jurisprudence, s'attachant chaque jour davantage à la mise en possession, paraît n'avoir retenu qu'un simple droit de rétention, le réduisant ainsi au strict minimum, et, pour ainsi dire, au geste même qu'évoque dans l'esprit l'idée de garantie. C'est à retracer cette lente transformation que nous allons nous employer maintenant.

CHAPITRE I

DES CARACTÈRES PROPRES AU CONTRAT DE GAGE SUR CRÉANCES ET DES CAS DANS LESQUELS IL Y A GAGE SUR CRÉANCES

L'étude du contrat de gage comporte une question préliminaire. Qu'il s'agisse de meubles corporels ou incorporels, une même difficulté surgit, qui consiste à distinguer le nantissement de conventions voisines, se rattachant à d'autres types connus, et comportant de toutes autres conséquences pour les droits respectifs du créancier et du débiteur.

Le problème revêtait dans l'ancien droit une forme classique; sous l'influence de la prohibition du taux de l'intérêt, qui lui avait donné une importance toute particulière, il affectait la forme d'une distinction entre le gage et la vente. Et l'on pourrait trouver dans les *Lettres provinciales* de Pascal (1), la trace des subtilités incroyables auxquelles avaient abouti, en cette matière, l'interprétation des volontés et la recherche d'intention.

(1) Pascal. *Lettres provinciales*, éd. François de Neufchâteau, p. 110 et sqq. — Sur l'interprétation du contrat de gage en général, Cf. Guilouard, *Du Nantiss.*, p. 29 et sqq. Cass. 11 déc. 1884, S. 86, 1, 368. Cass. 28 juin 1862, S. 62, 1, 625. Cass. 9 juillet 1885. D. 86, 1, 419.

De nos jours, le développement du commerce des titres de crédit a ouvert de nouvelles perspectives à cette vieille controverse.

En effet, le contrat de gage sur créances ne présente pas des caractères propres tellement accentués, qu'il ne soit souvent difficile à distinguer d'un certain nombre de contrats voisins, en particulier dans le domaine très vaste des opérations de banque ou de bourse. C'est ainsi que la vente à tempérament des valeurs à lots, le report, le contrat de couverture, la convention usitée dans les bourses allemandes et dite « Lombardgeschaeft », ressemblent singulièrement au nantissement de titres proprement dit. Notre intention n'est pas d'insister longuement sur les divers problèmes qu'ont soulevés ces points de contact et ces analogies; la distinction du report et du nantissement, par exemple, est aujourd'hui classique et ne donne plus lieu à discussion. Cependant il sera utile de la rappeler, pour que le champ d'application des règles relatives au contrat de gage sur créances soit exactement délimité.

Cette recherche s'impose d'autant plus, qu'indépendamment des hésitations inhérentes à l'interprétation des contrats et communes à tous les gages, quel que soit l'objet de la garantie, le nantissement des créances soulève des difficultés toutes spéciales; en effet, c'est un contrat relativement compliqué, mettant en scène trois personnages distincts: le créancier gagiste, le débiteur gagiste, titulaire de la créance donnée en garantie, et son

propre débiteur. Au cours de cette analyse du contrat de gage, que nous distinguerons successivement des conventions voisines, nous serons donc amenés à nous demander quelles sont les conditions de validité auxquelles doit satisfaire une créance, pour être susceptible de nantissement. Notamment, un prêteur peut-il prendre en nantissement la créance qu'une autre personne a sur lui-même, autrement dit le créancier gagiste et le débiteur de la créance donnée en garantie peuvent-ils n'être qu'une seule et même personne ? Est-il possible d'utiliser, par le moyen du nantissement, soit une créance future, sans débiteur actuellement désigné, soit un engagement unilatéral, dont on ne connaît pas encore le bénéficiaire ?

Nous examinerons donc successivement deux questions différentes :

A. — Les caractères propres au contrat de gage sur créances par rapport aux contrats voisins.

B. — Les cas dans lesquels il y a gage sur créances.

A. — *Caractères propres au contrat de gage sur créances par rapport aux contrats voisins : vente, report, couverture, etc.*

1° LE GAGE ET LA VENTE DES TITRES.

Les formalités constitutives de ces deux contrats, gage et vente, sont le plus souvent parallèles, sinon complètement identiques : rien d'étonnant à ce que la distinction

ne soit pas toujours aisée. En pratique, c'est à propos de la vente à tempérament des valeurs à lots et à propos du report, que la question s'est posée avec le plus de complexité.

Vente à tempérament des valeurs à lots — En ce qui concerne la vente à tempérament des valeurs à lots, la loi du 12 mars 1900 a supprimé à peu près toute difficulté, en obligeant la pratique à renoncer aux clauses suspectes, parmi lesquelles la clause dite de nantissement, dont les rédactions successives avaient soulevé de nombreuses controverses (1).

Report. — Quant au report, on sait en quoi il consiste. C'est une opération à terme, dont peuvent se servir acheteurs ou vendeurs en Bourse pour proroger, au moment de la liquidation, un marché plus ancien en s'adressant à une nouvelle contre-partie, le reporteur, substitué au vendeur ou à l'acheteur contre lesquels opérait primitivement le reporté. Cette convention, d'un usage courant dans les Bourses de valeurs, pouvait donner lieu à deux analyses juridiques différentes.

Supposons, en effet, pour plus de clarté, que ce soit un acheteur à terme qui se fasse reporter. Au moment de la

(1) Edmond Vidal-Naquet, *La vente à tempérament des valeurs à lots*, *Cote de la Bourse et de la Banque*, n° 101 du 4 mai 1900. Désiré Pap, *La vente à tempérament des valeurs mobilières*, dans *Documents du congrès international des valeurs mobilières* de 1900, t. 4, fasc. n° 147. Levy-Ullmann, *Ann. de dr. com.* 1897, p. 23. — Pour la jurisprudence antérieure à la loi de 1900, Cf. Civ. rej. 30 avril 1900, D. 1903, 2, 217, la note de M. Leloir et les renvois.

liquidation, il s'adressera à un reporteur qui entamera avec lui, pour une nouvelle période de quinze jours ou d'un mois, un nouveau marché à terme.

1° Ou bien on décomposera le contrat en une vente au comptant faite par le reporté au reporteur des titres livrés par le vendeur originaire, suivie d'une revente à terme consentie immédiatement par le reporteur au reporté ; et ainsi on se trouvera en présence de deux ventes distinctes : l'une au comptant, l'autre conditionnelle.

2° Ou encore, et suivant certains auteurs, le reporté, devenu à l'expiration du premier marché propriétaire des titres livrés par le vendeur, ne fait pas autre chose, en s'adressant au reporteur, que de lui emprunter sur nantissement de titres.

La jurisprudence n'a, à vrai dire, choisi complètement ni l'une ni l'autre de ces deux solutions. Sans doute, on peut bien reconnaître que, favorable tout d'abord à la théorie du prêt sur gage, elle l'a depuis longtemps abandonnée pour celle de la vente (1). Finalement, elle paraît vouloir faire du report un contrat d'une nature spéciale, voisin de la vente, mais possédant une personnalité distincte de celle-là.

En réalité, ces hésitations viennent de ce que, par l'in-

(1) La question de la nature du report a été définitivement tranchée par un remarquable arrêt de Cass., 1^{er} mars 1897, dans S. 97, 1, 220. — Dans le sens du nantissement, on trouve seulement deux arrêts de Cours d'appel déjà anciens : Aix 25 fév. 1868, Colmar 26 janvier 1869. — Cf. aussi sur ce point Cass. 3 fév. 1862, dans S. 62, 1, 369.

termédiaire du report, les parties peuvent poursuivre des buts très divers ; et les règles de la vente, pas plus que celles du nantissement, ne suffisent à embrasser la complexité des hypothèses, à tenir compte de tous les besoins et de tous les desiderata de la pratique. Sans doute, la vente donne le plus souvent une satisfaction très suffisante à l'intention des parties ; en effet, elle assure au reporteur la propriété des titres, et de cet avantage capital, on déduit un grand nombre de conséquences : — droit pour le reporteur de disposer librement des titres, de toucher les coupons échus, les primes ou les lots en cas de remboursement, d'assister aux assemblées générales —, toutes en parfaite harmonie avec les divers rôles économiques que doit jouer le report.

Mais les auteurs ont bien senti que, pour avantageuse qu'elle soit, la théorie de la double vente avait des limites (1). Il y a des cas où le reporté peut tenir à la propriété de tels ou tels titres individuels, où il ne lui est pas indifférent que ces titres mêmes, et non point des valeurs semblables, lui soient restitués à l'échéance ; ou inversement, dans d'autres cas, le reporteur ne poursuit pas d'autre but que de réaliser un placement temporaire avantageux, sans chercher à acquérir aucune des prérogatives attachées à la propriété des titres. Dans ces hypo-

(1) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, t. 4, n° 964 et 199. Thaller, *Traité élém.* n° 936 et sqq. Proudhon, *Manuel du spéculateur à la Bourse*, Bozerian, n° 91 et sqq. Boistel, n° 626. Allix, *Des reports dans les Bourses de valeurs*, p. 203 et sqq.

thèses, notre droit, qui n'offre à la pratique aucune combinaison en dehors du report, est insuffisant. En fait, sans doute les inconvénients de cette indigence de formes ne se font guère sentir, par suite du rôle prépondérant joué dans notre organisation financière par la Banque de France ; celle-ci offre en effet aux détenteurs de titres, qui ont besoin de capitaux, un moyen commode d'utiliser ses vastes ressources : c'est l'avance sur titres proprement dite. Néanmoins il serait peut-être utile, pour combler cette lacune, de généraliser chez nous l'emploi d'une convention fort connue en Allemagne, le *Lombardgeschaeft* ou prêt en lombard.

Lombardgeschaeft. — Le *Lombardgeschaeft* est un véritable prêt sur nantissement de créances, qui tient lieu d'un marché à terme et aboutit au même résultat pratique. Il consiste, de la part d'un spéculateur, à acheter des titres au comptant chez un banquier, qui, prenant ensuite ce titre en couverture, prête au client les fonds nécessaires pour un certain laps de temps, moyennant une commission convenue entre les parties (1). Mais jusqu'ici le *Lombardgeschaeft* reste une opération à terme spéciale aux Bourses allemandes et il semble bien que, sur la

(1) *De l'introduction et de la légalité de l'opération dite Lombardgeschaeft à la Bourse de Paris*, art. anonyme dans la *Rev. jur. des opérations de Bourse*, n° 11, 25 juillet 1906, p. 449. — Un arrêt de la Cour de Paris, a fait de cette opération une analyse très précise, à propos d'un contrat passé en Allemagne dont on invoquait en France le bénéfice : 26 juin 1906, dans *Rev. jur. des op. de Bourse* du 10 juillet 1906.

Max Veber, dans *Deutsche Zeitung*, 1 juin 1896. Erhenberg, *Die Fondsspekulation und die Gesetzgebung*, p. 72. Siegfried, *Saling's Börsenpapiers*, p. 34.

place de Paris, la faculté qu'ont les spéculateurs d'obtenir soit à la Banque de France, soit dans les grands établissements de crédit, des avances sur titres proprement dites, suffit amplement à tous leurs besoins (1).

2° LE GAGE ET LA DATION EN PAIEMENT DES TITRES.

C'est en matière de couverture que cette distinction du gage et de la dation en paiement offre les plus grandes difficultés. La couverture consiste dans une somme d'argent ou dans un certain nombre de titres que l'intermédiaire, agent de change ou coulissier, se fait remettre par son client, en garantie des différences mises à la charge de ce dernier.

Couverture. — La couverture, comme le report, peut donner lieu à deux analyses juridiques différentes ; il est possible d'y voir un nantissement constitué en garantie des avances que l'intermédiaire pourra faire à son client, ou au contraire une dation en paiement anticipée des titres, faite par le client à l'intermédiaire, en vue de couvrir les différences dont il pourra être un jour redevable (2).

(1) En France, à l'heure actuelle, l'avance sur titres proprement dite tend de plus en plus à supplanter le report et à devenir l'instrument de crédit par excellence des spéculateurs en Bourse. Cf. à cet égard Thaller, *des avances sur titres en banque*, *Ann. de dr. com.* 1901, p. 63. Il suffit pour s'en convaincre de voir la prodigieuse augmentation du chiffre des avances ainsi consenties par la Banque de France pendant la dernière crise monétaire.

(2) Sur la distinction du nantissement d'avec la dation en paiement en dehors de la couverture. Cf. Trib. com. Seine 15 juin 1903, *Dr. financier* 1904, p. 207.

Ce serait sortir de notre sujet que d'examiner à fond les conséquences de ces deux théories, au point de vue de l'action en répétition du client contre l'intermédiaire (1).

Bornons-nous à remarquer que depuis le décret du 7 octobre 1890, dont l'art. 61, 2^e alinéa, permet à l'agent de change de vendre la couverture en Bourse sans recourir à aucune formalité préalable, la question de savoir si cette couverture constitue une simple mise en gage des titres, ou au contraire une véritable dation en paiement, a perdu beaucoup de son actualité (2).

Cependant la question conserve de l'intérêt lorsqu'il s'agit, non plus d'un agent de change, mais d'un intermédiaire quelconque, et au cas de marché irrégulier.

Quelle solution lui donne la jurisprudence ? Celle-ci adopte de plus en plus pour seule et unique base de ses préférences l'intention des parties ; suivant ce qu'elles auront voulu, la couverture sera considérée comme une dation en paiement ou comme une simple remise en gage.

Mais il est très difficile d'indiquer le criterium certain permettant de dire si nous nous trouvons en face d'un

(1) Geouffre de Lapradelle et Lévy-Ullmann : les négociations de valeurs cotées effectuées par les coulissiers, *Ann. de dr. commercial*, 1896, p. 139. — Cass. 27 nov. 1882, S. 83. 1. 24 et le rapport de Crépon. — Aubry et Rau, t. 4, p. 578, Guillouard, *Traité des contrats aléatoires*, n. 90. — Cass. civ., 22 mai 1893 et Cass. Req. 9 déc. 1896, S. 97.1.385 et note Wahl.

(2) Lyon-Caen et Renault : *Tr. de dr. com.*, t. 4, n° 971 et sqq. — Thaller, *Tr. élém.*, p. 506.

contrat de telle ou telle nature. Il ne faut pas oublier que la question d'interprétation des volontés est une de celles pour laquelle le juge du fait est souverain. Cependant certains arrêts avaient cru devoir s'attacher en cette matière à la forme du titre (1) : la couverture était-elle constituée en titres au porteur, il y avait dation en paiement ; s'agissait-il de titres nominatifs, il n'y aurait plus eu qu'un nantissement. Remarquons en passant que dans cette dernière hypothèse, l'absence d'un transfert de garantie ne faisait pas obstacle à l'existence du nantissement de titres nominatifs ; car nous aurons occasion de montrer plus tard comment la jurisprudence se contente, pour la mise en gage des valeurs nominatives, de la simple remise des titres, sans aucun transfert.

Quoi qu'il en soit, il est certain aujourd'hui que la Cour de cassation ne s'attache pas à la forme du titre pour décider si la couverture constitue un gage ou une dation en paiement. En revanche, elle paraît exiger de plus en plus, pour reconnaître à l'intermédiaire le droit de disposer librement des titres, l'existence d'un accord de volontés spécial, intervenu entre les parties à un mo-

(1) Paris, 29 nov. 1838, D. 59, 4, 292 et les conclusions de l'avocat général Barbier. — Bordeaux, 15 juin 1857, D. 58, 2, 31. — Paris, 13 mars 1868, D. 63, 2, 170. — Paris, 8 mars 1880, Gaz. Trib., 12 juin 1880. — Cf. aussi la jurisprudence au point de vue pénal, pour savoir s'il peut y avoir abus de confiance au cas de détournement de couverture, puisque le nantissement est seul prévu par l'art. 408, C. pén. : Cass. 28 juin 1860, S. 60. 1, 918. — Cass. 26 sept. 1878, S. 79. 1. 283. — Grenoble, 18 mars 1899, Gaz. Trib. 99. 2^e sem. 2. 272.

ment où le donneur d'ordres connaît le montant des pertes auxquelles il aura à faire face (1). Ainsi la couverture changerait de nature suivant qu'on l'envisagerait à tel ou tel moment; avant tout accord de volonté des parties sur le paiement des pertes subies, ce serait un simple gage; au contraire, le donneur d'ordres se trouvant, à la fin des opérations engagées par lui, dans l'impossibilité de régler ses différences, a-t-il consenti à la vente de la couverture? nous nous trouvons alors en face d'une dation en paiement, donnant à l'intermédiaire le droit de disposer des titres tout en respectant les formalités des art. 2078 C. civ. et 93 C. com. C'est donc en définitive cette convention spéciale, tacite ou formelle, et non point, comme l'admet M. Pic sous un arrêt de cassation, le fait même de la vente (2) par l'intermédiaire qui marque la différence entre la couverture-gage et la couverture-paiement.

Et c'est uniquement lorsqu'il s'agira de prouver l'existence de cet accord de volontés, qu'une différence pourra être relevée entre titres au porteur et titres nominatifs. En effet, pour les titres au porteur, la simple remise des valeurs ne prouve rien; ce sera donc une pure question de fait, que trancheront souverainement les juges du

(1) Tous les arrêts reconnaissent que le criterium de la distinction se trouve dans la volonté des parties, et non dans la forme nominative ou au porteur du titre : Req. 12 nov. 1884, S. 83, 1, 69; Cass. 22 mai 1889, S. 89, 1, 476; Cass. 24 juin 1891, D. 99, 1, 185; Cass. 29 juillet 1896, D. 97, 1, 100; Cass. 27 janv. 1903, D. 1903, 1, 247.

(2) Note de M. Pic dans S. 97, 1, 177 sous Req. 9 déc. 1895.

fond. Pour les titres nominatifs, au contraire, le consentement du donneur d'ordres à l'aliénation de ses titres, constitutif de la dation en paiement, se traduira le plus souvent par un signe certain : la remise faite par lui à l'intermédiaire d'un transfert d'ordre. A partir de ce moment, l'intermédiaire aura la libre disposition des titres (1).

B. — *Des cas dans lesquels il y a gage sur créances.*

1^o — LE GAGE ET LE COMPTE-COURANT.

Il paraît étrange au premier abord que deux conventions aussi dissemblables que le gage et le compte-courant puissent prêter à confusion. Cependant la controverse existe ; mais nous devons, avant d'aborder l'examen du fond même de la question, rappeler les circonstances qui l'ont fait naître.

Prêt sur polices d'assurances sur la vie. — On sait que, parmi les opérations auxquelles se livrent couramment les compagnies d'assurances sur la vie, il en est une, dite prêt sur police, qui offre aux assurés de grands avantages. Introduite en France par les compagnies d'assurances d'origine étrangère, elle y a pris rapidement une grande extension (2). Son mécanisme technique

(1) Caen, 20 déc. 1901, D. 1904, 1, 337, et plus particulièrement Req. 28 oct. 1902, D. 1904, 1, 86.

(2) Montant des avances consenties par les diverses compagnies au 31 décembre 1903. Assurances générales : 19,179,637 fr. 23 cent.

repose sur la définition de la valeur dite de rachat d'une police d'assurance sur la vie. Le contrat d'assurance sur la vie, en effet, est une opération de capitalisation d'une nature très spéciale ; rationnellement, on pourrait le décomposer en une série de contrats ayant tous une durée d'une année, durée pendant laquelle on évaluerait les risques de mortalité survenus dans un groupe donné d'individus, pour en répartir ensuite la charge entre tous les survivants. Pour un même groupe, la prime serait donc de plus en plus forte, puisque les risques de mortalité croissent avec le temps. Pratiquement les compagnies se gardent bien de recourir, dans leurs rapports avec l'ensemble de leurs assurés, à ces liquidations annuelles ; elles répartissent également les probabilités de mort sur toute la durée du contrat, ce qui leur permet de rendre fixe le taux de la prime. Il s'ensuit que, pendant les premières années, la prime perçue est en réalité trop forte, de même qu'elle deviendra trop faible quand le contrat approchera de sa fin ; cet excédent des primes, demeurant aux mains de la compagnie, constitue la valeur de rachat de la police. Gardons-nous, d'ailleurs, de la confondre avec le bénéfice industriel de l'assureur ; bénéfice beaucoup plus minime, puisqu'il consiste uniquement dans la différence entre le prix de revient d'une capitalisation semblable faite par l'assuré pour son propre compte et le prix que la fait payer la compagnie, déduction faite de

Union : 6,074,079 fr. 75 cent. Nationale : 18,618,526 fr. 10 cent.
Phénix : 11,148,868 fr. 75 cent.

ses frais généraux. Telle est l'origine de la valeur de rachat dans la combinaison la plus simple de l'assurance sur la vie, l'assurance en cas de décès (1).

Cette valeur, elle est contenue dans la police d'assurance elle-même et elle reste à la disposition de l'assuré ; mais, le plus souvent, celui-ci ne la récupérera que s'il a l'intention de suspendre le paiement des primes et de mettre fin au contrat. Cependant, tout en continuant de s'acquitter régulièrement envers l'assureur, l'assuré peut avoir un besoin momentané de capitaux ; sans doute il pourrait remettre la police à un tiers, auquel cette garantie donnerait confiance. La compagnie assureur lui offre alors une facilité de plus, en lui avançant elle-même, s'il le désire, le montant de la valeur de rachat de sa police. Ainsi, non seulement l'assuré obtiendra le remboursement de la valeur de rachat au cas de dénonciation du contrat, mais encore il garde la libre disposition de pareille somme, tout en continuant le versement des primes.

Ces avances sur polices ont pris depuis quelques années une importance considérable ; c'est par dizaines de millions qu'elles figuraient, au 31 décembre 1903, dans le bilan des principales Compagnies françaises d'assurance sur la vie.

Il reste maintenant à déterminer quelles règles juridi-

(1) Cf. sur tous ces points : *Répert. des Pandectes françaises*, v^o Assurances sur la vie, n^o 77 et surtout n^o 381 et sqq. — Vermot, 2^e partie, p. 137 et sqq. — Couteau, n^o 431. — Bonneville de Marsangy, 2^e partie, p. 568. — Sur le calcul de la valeur de rachat ; Rennes, 26 mars 1878 ; Trib. civ. Seine, 2 juillet 1889, P. F. 90, 2, 78. — De Courcy, *Précis d'Assurance sur la vie*, p. 141.

ques s'appliquent à cette opération : faut-il y voir une simple opération de comptabilité entre assureur et assuré ? Ou au contraire sommes-nous en présence d'un véritable prêt sur nantissement de créance ? Chose curieuse, malgré l'importance économique de l'avance sur police, la jurisprudence n'a eu à se prononcer qu'une seule fois sur la nature juridique de cette opération. C'est qu'en effet le principal intérêt qu'offre le choix de l'un ou de l'autre de ces systèmes suppose la faillite ou la liquidation judiciaire de la Compagnie assureur ; le jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire ou la faillite rend exigibles à l'égard du débiteur les dettes passives non échues ; en conséquence, les dettes de l'assureur envers ses assurés deviennent exigibles, en ce sens que les assurés auront le droit de produire dans la faillite, sinon pour le capital assuré tout entier, du moins pour la partie du capital égale à la réserve au jour du jugement déclaratif. De même le montant de l'avance sur police faite par l'assureur à l'assuré devient exigible au jour du jugement, en vertu des stipulations de l'acte de prêt qui prévoit le remboursement de l'avance par l'assuré au cas de cessation du contrat d'assurance. Mais là où il devient intéressant de distinguer entre les deux théories, c'est lorsqu'il s'agit de déterminer la manière dont se fera le règlement de ces deux dettes corrélatives. Si l'avance sur police est considérée comme une simple opération de comptabilité entre assuré et assureur, le doit et l'avoir du compte courant existant entre assuré et assureur ne pourront se liquider séparément.

L'assuré ne produira donc à la faillite que pour le solde de compte représentant la différence entre la valeur de rachat, montant de l'avance, et la valeur de la réserve au jour du jugement. Il échappera ainsi au dividende dans la mesure où une avance lui a été consentie. Cette avance ne serait-elle au contraire qu'un prêt sur nantissement de créance ? L'assuré sera tenu d'en verser le montant à la faillite de l'assureur, sans pouvoir invoquer la compensation légale jusqu'à due concurrence entre les sommes que lui doit l'assureur et celles dont il est lui-même redevable envers lui, en vertu de cette règle unanimement admise par les auteurs et les arrêts, que la compensation n'est pas admise entre la dette d'un créancier envers le failli ou le liquidé et la dette du failli ou du liquidé envers lui, quand l'exigibilité de cette dernière résulte du jugement déclaratif (1).

Mais il faut bien dire que cette éventualité de faillite ou de liquidation judiciaire d'une Compagnie d'assurances sur la vie reste plutôt rare.

Nous en trouvons cependant un exemple en pratique, qui motiva deux décisions contradictoires du Tribunal civil de la Seine et de la Cour de Paris (2). A vrai dire, le

(1) Lyon-Caen et Renault, *Dr. com.* VII, n° 216. — Thaller, *Tr. élém. de dr. com.*, 3^e éd., n° 1934. — Cottances, *De la compensation dans la faillite ou la liquidation judiciaire*, p. 108 et 109. — Aubry et Rau, 5^e éd. IV, n° 326, note 13. — Civ. Cass. 27 juin 1876, S. 77, 1, 241 ; D. 77, 1, 121.

(2) Raynaud, syndic de la Caisse des familles C. Heim et autres : jug. du Trib. civ. de la Seine, 9 déc. 1903, dans J. des assurances 1904,

jugement du Tribunal de la Seine n'a pas grande valeur théorique, en raison des confusions qu'il semble renfermer, et il serait difficile de dire quelle conception juridique exacte il se fait de l'avance sur police ; à coup sûr il refuse d'y voir un prêt sur nantissement de créance ; mais, ce point acquis, comme il parle successivement de dépôt, de quasi-dépôt, de paiement anticipé, « d'opération du compte-courant qui s'établit entre l'assureur et l'assuré, par l'effet nécessaire du contrat d'assurance sur la vie », on ne sait au juste à quoi s'en tenir. En revanche, l'arrêt de la Cour de Paris adopte franchement la théorie du prêt sur nantissement de créance.

Quelle autre explication pourrait-on donner de l'avance sur police ? M. Oudiette (1), en note sous le jugement du Tribunal de la Seine, a dégagé les grandes lignes d'un système, qui rattache l'avance sur police au fonctionnement de l'assurance sur la vie. A ses yeux, la Compagnie est tout simplement dépositaire de la valeur de rachat ; l'assuré reste libre de disposer de cette somme ; il s'en sert, comme il se servirait d'un compte de dépôt ouvert dans une banque. La dénomination d'avance sur police ne correspond donc pas à la vérité des faits ; l'opération en question rentre dans le cadre du compte-courant entre l'assureur et l'assuré ; elle en est un des articles et il faut attendre la liquidation du compte lui-même, pour être fixé sur la situation respective des parties.

p. 70 et la note de M. Oudiette. Arrêt de la Cour de Paris, 30 juin 1904-J. des ass. 1904, p. 538, et Gaz Pal. 1904, 2, 113.

(1) J. des assurances, 1904, p. 70 et sqq.

Sans doute cette théorie constitue une explication technique de l'avance sur police ; mais nous ne croyons pas qu'elle suffise à expliquer le caractère juridique de l'opération. On ne saurait oublier que l'assurance sur la vie est un contrat essentiellement aléatoire, laissant aux deux parties l'éventualité d'un risque et la possibilité d'une perte. Ce risque encouru ne correspond pas à chaque instant au montant de la prime. Mais chaque versement n'en reste pas moins intégralement acquis à la Compagnie, sans qu'il soit possible de distinguer entre la valeur de rachat et la partie de la prime qui forme la contre-partie exacte du risque. La Compagnie ne se trouve donc pas, du fait même du contrat d'assurance, dans l'obligation de tenir la valeur de rachat à la disposition de l'assuré ; cette valeur lui appartient, au même titre que l'ensemble de la prime elle-même ; elle en est propriétaire et non dépositaire (1).

Par suite, lorsqu'elle consent à l'assuré une avance sur police, l'opération constitue un prêt sur nantissement de créance et non un remboursement anticipé. Il reste que la Compagnie a pris en garantie la créance de l'assuré contre elle-même, puisque la police représente cette créance de l'assuré contre son assureur. Nous n'y voyons, pour notre part, aucune impossibilité juridique. Sans doute, le Code civil n'a pas prévu cette situation, mais les règles qu'il

(1) Cf. dans le même sens, une consultation inédite de M. Lyon-Caen, du 6 juin 1904, dans l'affaire Raynaud C. Heim et autres. Cette consultation donnée postérieurement au jugement du tribunal de la Seine du 9 déc. 1903, justifie par avance la théorie adoptée plus tard par la Cour de Paris.

édicte s'y adaptent parfaitement. La constatation écrite du gage se trouve dans l'avenant rédigé au moment du prêt ; l'agent de la Compagnie, qui exige de l'assuré, en échange de l'avenant, la remise de la police primitive, se trouve mis en possession du titre. Une seule formalité devient impossible, c'est la signification du nantissement au débiteur de la créance donnée en gage, au cas où la police serait à personne dénommée ; mais cette signification est inutile et ne servirait de rien, puisque ce débiteur et le créancier gagiste ne font qu'une seule et même personne. Quant à l'effet d'une pareille garantie et aux avantages qu'en retire le prêteur, nous aurons occasion d'en reparler plus tard (1).

2° LE GAGE ET LE MANDAT.

L'importance pratique de la distinction entre le gage et le mandat est considérable. Elle se pose, en effet, à propos d'une opération financière, l'émission, qui revêt les formes les plus variées et soulève les plus graves difficultés d'interprétation (2).

L'émission, en règle générale, peut s'analyser en un mandat donné par l'emprunteur, Etat ou société, à un intermédiaire, particulier ou syndicat, chargé de placer les titres dans le public. Mais elle est loin de correspondre toujours uniformément à ce type simplifié ; l'émission,

(1) Cf. *Infra*, chap VI

(2) Sur l'émission, Cf. Wahl, *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, t. I, n° 250 et sqq.

telle que nous venons de la décrire, suppose, de la part de la société qui emprunte, une situation telle qu'elle puisse affronter sans trop d'aléas un appel public au crédit. Souvent cette condition ne sera pas réalisée ; une société souffrant d'un manque de capitaux se trouve dans la nécessité de recourir à une émission d'obligations ; mais, pour une cause quelconque, état du marché, cherté de l'argent, crise passagère subie par la société elle-même, elle se voit obligée de renoncer à l'appel au public. La pratique lui suggère alors un autre procédé, lui permettant d'utiliser ce qui lui reste de crédit. Elle engagera des pourparlers avec le banquier dont elle veut obtenir une ouverture de compte ou avec ses fournisseurs ; et elle leur proposera, en garantie des avances qu'elle sollicite d'eux, la remise de ces mêmes obligations, dont elle ajourne provisoirement l'introduction sur le marché (1).

L'opération, dont nous venons de décrire le fonctionnement économique, est connue sous le nom de *nantisse-*

(1) Sur le nantissement d'obligations non souscrites : Cf. plus particulièrement : Wahl : *Du nantissement constitué par une société sur ses propres obligations*, Rev. des soc., 1904, p. 97. — Demogue, Rev. trimestrielle de dr. civ., jany. 1906, p. 173. — Houpin, Traité des soc., 3^e éd., p. 176. — Thaller, *De la nature juridique des titres de crédit*, Ann. de dr. com., 1906, p. 25 et note 2. — Arthuys, Examen doctrinal de jurisprudence, dans Rev. crit., 1906, p. 203. — Note de M. Thaller sous Cass. 16 mars 1904, D. 1904, 1, 321 et conclusions du procureur général Beaudouin. — Demogue, Rev. trimestr. de dr. civil, 1903, p. 176. — Schwartz, Rev. des soc., 1904, p. 102. — Cf. aussi les Annales de droit commercial, 1904, p. 101, 1906, p. 69, et 1907, p. 81. — En dr. italien : Segré ; *L'efficacia della costituzione in pegno di titoli al portatore de porte del sottoscrittore*, Riv. diritt. com., 1904,

ment d'obligations non souscrites. Elle soulève une double difficulté ; on peut se demander tout d'abord jusqu'à quel point il est exact de la qualifier de nantissement ; elle avoisine, dans le domaine des opérations financières, l'émission proprement dite : n'entraîne-t-elle pas la même explication juridique ? Dans un cas, comme dans l'autre, nous aurions affaire à un mandat. Mais, d'autre part, les parties désignent presque toujours leur convention des noms de gage, nantissement ou garantie ; l'hésitation est donc permise entre l'idée de mandat et celle de nantissement. Et cette hésitation s'explique d'autant mieux que ce premier problème en suscite un second. En effet, dans l'hypothèse du contrat de gage, la société se trouverait avoir donné en nantissement ses propres obligations, sa propre dette, au rebours de l'avance sur police, dans laquelle c'est le créancier gagiste qui prend en gage la créance de l'assuré contre lui-même, et avec cette circonstance aggravante qu'ici la créance donnée en gage n'a pas de titulaire, puisque les obligations n'ont pu être ni émises ni souscrites.

En bonne logique, ces deux questions devraient se distinguer l'une de l'autre. Faisons, pour un moment, abstraction complète de la convention intervenue entre les parties ; il reste à savoir quelle est la nature de l'objet précis sur lequel elle porte ; qu'est-ce qu'une obligation qui n'a pas été souscrite ? Correspond-elle à une réalité juridique ? Le titre, en lui-même, ne signifie rien ; il n'est qu'un morceau de papier sans valeur, jusqu'au moment

où il deviendra l'effigie d'une créance valable. Mais à quel moment exact se produit cette transformation ? Quand pourra-t-on dire avec certitude que l'obligation a cessé d'être une vignette quelconque, pour devenir la preuve d'un lien de droit, le signe matériel d'une valeur économique ? Une fois ce point définitivement fixé, on passerait à l'examen de la convention conclue entre les parties, pour se préoccuper de lui donner la qualification juridique convenable.

En réalité, il est impossible de dire quelle est la situation juridique exacte de l'obligation remise à un tiers, mais non encore souscrite, sans prendre du même coup parti sur la nature du contrat intervenu. Si l'on considère l'obligation comme ne représentant, à ce moment précis de son existence, aucun droit de créance, la théorie du mandat pourra seule justifier l'opération. Au contraire, verra-t-on dans l'obligation, remise à un tiers avant toute souscription, une créance soit actuelle, soit future, l'hypothèse du nantissement deviendra possible.

Il convient, pour embrasser tous les éléments de la discussion, d'examiner les solutions de la jurisprudence touchant cette opération dite nantissement d'obligations non souscrites.

C'est incidemment, et à propos d'une question fiscale, que la jurisprudence a eu tout d'abord à s'occuper du nantissement d'obligations non souscrites. Nous trouvons toute une suite d'arrêts relatifs au point de savoir si les obligations remises à un tiers peuvent être considérées

comme « souscrites » ou « émises », au sens où les lois du 5 juin 1850, art. 27, et du 25 juin 1857, art. 6, emploient ces mots, c'est-à-dire si, du fait de la remise à un tiers, ces obligations se trouvent assujetties à la perception des droits de timbre et de transmission, qui frappent soit les titres nominatifs, soit les titres au porteur.

La Cour de cassation n'a pas cessé de décider que les droits étaient dûs. Mais ce qu'il est intéressant de rappeler, c'est le changement qui s'est produit dans la théorie par laquelle elle justifie la perception des droits.

Le premier arrêt, en cette matière, statuait sur une réclamation adressée par la Société des lits militaires contre l'Enregistrement, en restitution de la taxe annuelle de 12 p. 100 perçue sur 14,000 obligations au porteur, remises par elle à ses deux banquiers en garantie d'une ouverture de compte (1). La Cour de cassation repousse cette prétention ; répondant à l'argumentation du pourvoi, qui se basait sur l'article 4 du décret du 17 juillet 1857 pour voir dans la remise des obligations un transfert de garantie exempt de droits, elle distingue le droit de transmission perçu à chaque transfert de propriété sur les titres nominatifs, les seuls que vise cet article 4, du droit perçu annuellement sur les titres au porteur dès qu'il existent. Et la preuve de cette existence, c'est, aux yeux de la Cour, le fait du nantissement ; et même l'existence juridique des obligations

(1) Cass. civ. 6 avril 1870 ; S. 70, 1, 273, ... « attendu... qu'il importe peu qu'au lieu d'être délivrées... les obligations aient été données en nantissement. »

lui paraît si peu contestable, qu'elle insiste à peine sur ce point. A vrai dire elle passait à côté de la question sans la trancher.

Même sobriété de motifs dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 19 juillet 1875 (1), relatif, cette fois, aux deux droits de timbre et de transmission. Une circonstance de fait contribuait à masquer, plus complètement encore que la première fois, la difficulté aux yeux de la Cour ; il s'agissait en effet de la remise faite, par la Compagnie de l'Ouest à la Banque de France, de 180,000 obligations en garantie d'une avance. Or la Banque de France ne peut consentir d'ouverture de crédit en dehors des avances sur titres ou sur lingots. Point de doute, les titres existent, puisqu'ils servent de nantissement. L'argumentation de la Cour de cassation sur ce point constitue presque une pétition de principe ; en tout cas, c'est une pure affirmation.

Mais, à partir de cet arrêt, un changement se produit dans la jurisprudence. La Chambre civile, en effet, fut amenée, dans une question un peu différente du nantissement d'obligations non souscrites, à dégager une

(1) Cass. req. 19 juillet 1875 ; S. 76, 1, 91 et rapport du conseiller Tardif. « Attendu, dit l'arrêt, que la condition de l'existence de titres de cette nature, à laquelle est subordonnée l'exigibilité du droit, se trouvant réalisée et constatée dans l'espèce par le contrat de nantissement dont ils étaient l'objet, le jugement attaqué, en décidant qu'il était dû sur les obligations au porteur remises en gage par la C^{ie} de l'Ouest à la Banque de France..., etc. ».

(2) Cass. civ., 6 mars 1895, dans S. 97, 1, 193 et la note de M. Wahl. — En sous-note, Sol. Régie du 30 juin 1886 sur la question. Cf. aussi,

distinction capitale en cette matière (2). Voici les faits : la Compagnie de l'Est avait remis à quelques-uns de ses services spéciaux, — caisses d'annuité, de retraite, de prévoyance, etc. —, un certain nombre de ses propres obligations. L'Enregistrement voyait dans cette attribution une émission véritable et réclamait le droit de timbre. La Cour, qui repousse cette prétention, distingue entre l'existence matérielle et l'existence juridique d'une obligation. Les services attributaires des titres n'ont aucune personnalité juridique ; ils ne se distinguent pas de la Compagnie elle-même ; celle-ci peut donc être considérée comme ayant gardé ses obligations en portefeuille. En conséquence ces titres, qui existent matériellement, ne représentent encore aucune créance ; leur affectation à tel ou tel usage spécial traduit une simple opération de comptabilité intérieure de la Société.

Mais alors la Cour est conduite à préciser les conditions qui rendent exigible le droit de timbre au cas de nantissement d'obligations non souscrites. Elles seront au nombre de deux : la création matérielle du titre et la constitution d'un droit propre au profit d'un tiers, permettant de dire que l'obligation a été « émise » ou « souscrite », aux termes des lois de 1850 et 1857. En matière de nantissement d'obligations non souscrites, il suffisait, pour

Trib. civ. Seine, 18 juil. 1890, S. 92, 2, 23. — Sur la situation juridique des obligations non émises en portefeuille : Bezard-Falgas, *Conten-tieux des titres nominatifs*, p. 409, — Trib. civ. Seine, 13 nov. 1903, Gaz. Trib., 13 janv. 1904, — Cf. aussi Wahl, *Traité de dr. fiscal*, t. I. n° 334.

satisfaire à cette double prescription, de reprendre la formule précédemment employée par la Cour et de reconnaître à cette mise en gage la valeur d'une constitution de droit propre. Une affaire de ce genre ne tarda pas à permettre à la Cour suprême de se prononcer une première fois le 6 avril 1897, et, enfin, le 16 mars 1904, de fixer définitivement sa jurisprudence par un arrêt des Chambres réunies (1). La Cour, dans ces deux décisions, ne qualifie plus l'opération intervenue entre les parties ; elle se borne à constater que la Société a consenti à un tiers un droit propre sur les obligations qu'elle lui a remises, et qu'en conséquence ces obligations seront considérées comme émises ou souscrites au point de vue fiscal.

Ce raisonnement tranche la difficulté fiscale ; il nous permet d'affirmer que les obligations existent, qu'elles devront acquitter le droit de timbre proportionnel

(1) Cass. Ch. civ., 6 avril 1897, D. 97, 1, 372, S. 98, 1, 103, note Wahl. — Rep. per. Enregistr. art. 5138. — Cass. Chambres réunies, 16 mars 1904, D. 1904, 1, 321, note de M. Thaller et conclusions du procureur général Beaudouin. « Attendu qu'en admettant que les conventions dont s'agit ne constituent pas un contrat de gage proprement dit, il y a tout au moins lieu de reconnaître que par l'effet des engagements contractés envers lui par la société Dyle et Bacalan, le syndicat constitué sous le patronage de la Société générale de crédit industriel et commercial, s'est trouvé investi d'un *droit propre* sur les titres déposés dans la caisse de cet établissement de crédit, *que ces titres ayant ainsi reçu une existence juridique* doivent être considérés comme souscrits au sens des lois des 5 juin 1850 et 23 juin 1857.... ». — Cet arrêt est aussi commenté par Segré, dans Riv. di diritt. com., n° de mai-juin 1904, p. 240.

et la taxe annuelle de transmission. Mais il laisse complètement de côté la question de fond, celle qui porte sur la nature et la validité de l'accord intervenu entre les parties. En effet, que le tiers investi du droit propre soit acheteur, mandataire ou créancier gagiste, la taxe n'en est pas moins due. Bien mieux, la convention serait-elle nulle, que la solution fiscale ne s'en trouverait pas modifiée, puisque la nullité des actes ne met pas obstacle à la perception. Une seule phrase, dans l'arrêt des Chambres réunies, laisserait supposer que la Cour formule une opinion sur la nature même du contrat : « Attendu, dit-elle, qu'en admettant que les conventions dont s'agit ne constituent pas un contrat de gage proprement dit. . . . » ; mais, en réalité, il ne faut voir, dans cette phrase, que l'abandon définitif de toute appréciation portée sur la nature même de l'acte.

En fin de compte, on peut dire que la jurisprudence fiscale ne nous fournit aucun éclaircissement sur la question de la nature et de la validité de la convention intervenue entre les parties. La solution donnée par l'arrêt des Chambres réunies est donc une solution purement fiscale, qui ne tranche pas la question de fond de savoir si l'opération est valable et si elle constitue un nantissement (1).

(1) Sur l'indépendance des questions fiscale et de fond, Cf. plus particulièrement, Thaller en note sous Cass. 16 mars 1904, dans D. 1904, 1, 225 ; Wahl, dans *Rev. des soc.*, 1904, p. 99 et sqq. — En sens contraire, les conclusions du proc. gén. Beaudouin dans D. 1904, 1, 327 et sqq. — Cf. aussi sur une question fiscale analogue, Cass. Rome, 9 sept. 1903, et la note du prof. Segré, dans *Riv. di dir. com.* 1904. — *Ann. de dr. com.* 1906, p. 341.

Laissons donc de côté ces arrêts fiscaux, pour ne plus considérer dorénavant que les arrêts relatifs à la question de fond. C'est seulement dans ces dernières années que la jurisprudence a eu à se prononcer sur le nantissement des obligations non souscrites. Les décisions, qui se succèdent depuis peu de temps sans interruption, peuvent être rangées en deux groupes :

1° Quelques Cours d'appel refusent de voir dans l'opération une convention valable, par le motif bien simple que le nantissement serait sans objet.

Un arrêt de la Cour de Besançon du 5 août 1903 mérite de retenir tout d'abord notre attention (1). En effet si le raisonnement sur lequel il s'appuie était fondé, il deviendrait inutile de pousser plus loin la discussion et tout problème se trouverait supprimé. Il s'agissait, en l'espèce, d'une création d'obligations hypothécaires faites par une société en nom collectif ; la société, n'ayant pu trouver de souscripteurs, avait remis les titres à son banquier « en garantie d'avances, d'escomptes et de toutes autres opérations », et avec mission subsidiaire d'en faire le placement au cas où des acquéreurs se présenteraient. Ne nous

(1) Besançon, 5 août 1903 ; D. 1904, 2, 465 et la note de M. Appleton. *Rev. des Soc.*, 1904, p. 116. « Attendu qu'il est difficile de concevoir que des titres d'obligations entre les mains de la société qui les crée en vue d'une émission à réaliser, puissent constituer autre chose que de simples feuilles de papier, le caractère de valeur actuelle et existante susceptible d'être donnée en gage ne leur advenant, en réalité, que lorsqu'ils ont été souscrits par des preneurs qui ont fourni les fonds... »

occupons pour le moment que de la stipulation principale : du nantissement ; la Cour refuse d'en reconnaître la validité. Elle s'appuie tout d'abord sur une nullité de forme qui importe peu ; quant à la nullité de fond, et quelle que soit la longueur de son raisonnement sur ce point, la Cour n'en donne qu'une seule raison. Son argumentation consiste à soutenir que les titres d'obligations « entre les mains de la société qui les crée sont de simples feuilles de papier, le caractère de valeur existante et actuelle susceptible d'être donnée en gage ne leur advenant, en réalité, que lorsqu'ils ont été souscrits par des preneurs qui ont fourni les fonds ». Or, continue la Cour, dans le cas qui nous occupe, la dation en gage ne peut constituer l'équivalent d'une émission, les titres sont donc restés à la société ; ils ne représentent rien ; leur mise en gage n'est pas possible. Mais, lorsqu'il s'agit de justifier cette assertion, la Cour n'en donne aucune démonstration juridique ; elle se borne à écarter l'autorité de la jurisprudence fiscale, ce qui est juste, tout en donnant de cette exclusion une justification inexacte, puisqu'à l'entendre, la jurisprudence fiscale « ne subordonne l'exigibilité des droits qu'à la constatation de la simple existence ou de la transmissibilité *matérielle* des titres ».

Reste donc l'argument fondamental de la Cour ; les obligations non souscrites ne sont que de simples feuilles de papier. Or, celui-là prouve trop, pour être utile à quelque chose. Admettons un instant qu'il soit vrai ; il ne porte aucune atteinte à la validité du contrat passé par les

parties et quelle que soit la qualification juridique qu'on adopte pour le justifier.

En effet, veut-on y voir une mise en gage, on ne fera aucune difficulté à reconnaître que le banquier aurait pu se contenter d'une garantie aussi mince. On a vu des exemples de mise en garantie de papiers de famille ; ce serait un cas analogue. Et d'ailleurs le nantissement ne serait inefficace qu'en apparence, car le créancier gagiste pourrait toujours essayer de vendre les vignettes qui se trouvent en sa possession.

La théorie du mandat cadre encore mieux, si c'est possible, que celle du gage avec le raisonnement de la Cour de Besançon ; tout mandat d'émission, quel qu'il soit, porte forcément sur des titres « sans valeur actuellement existante, faute d'émission réellement effectuée » : est-on autorisé à en conclure la nullité de ce genre d'opération ? La déduction constituerait dans notre jurisprudence une nouveauté aussi hardie qu'intolérable pour la pratique.

L'autorité de l'arrêt de la Cour de Besançon se trouve donc très réduite, lorsqu'on en pèse les motifs. A vrai dire, on n'y relève guère qu'une affirmation sur la nature de l'obligation non souscrite, affirmation dont ne découle aucune explication satisfaisante de l'accord intervenu entre les parties.

La solution de la Cour de Besançon, nullité du nantissement, a été reprise dans deux décisions relatives à une même affaire, un jugement du Tribunal civil de Lyon du

22 juillet 1905 et un arrêt de la Cour de Lyon du 12 février 1906 (1). Mais dans cette espèce, il semble bien que les deux juridictions se soient trompées ; on ne se trouvait pas en face d'obligations non souscrites. Il s'agissait en effet d'une Société qui, ayant cédé à un souscripteur général un certain nombre d'obligations pour un prix déterminé, payable dans un délai de deux ans, avait ensuite, d'accord avec ce souscripteur, remis ces mêmes obligations à un banquier en garantie d'une avance de fonds. Postérieurement à cette mise en gage, la Société tomba en faillite ; le Tribunal et la Cour, par une juste application de l'article 1184, déclarèrent le souscripteur exonéré de la libération de ses actions, puisque la Société se trouvait désormais hors d'état de le rembourser. Mais du même coup elles déclarèrent rétroactivement nul le nantissement consenti au prêteur, sous prétexte que les obligations n'ayant jamais été souscrites, ne pouvaient constituer l'objet d'une garantie (2).

C'est ici que le raisonnement devient injustifiable. Lorsque les obligations avaient été remises au banquier prêteur de fonds, elles venaient d'être souscrites par le souscripteur général ; elles présentaient donc tous les ca-

(1) *Moniteur judiciaire de Lyon*, 4 et 5 nov. 1906 : Cf. aussi. *Ann de dr. com.*, 1907, p. 81 et 82.

(2) « Attendu, dit la Cour,... que sauf en matière fiscale, la dation en gage par une société de ses obligations *non souscrites effectivement*, ne sauraient être considérées comme une émission véritable des dites obligations... »

ractères de créances actuellement nées contre la Société. La circonstance, qui permit ensuite au souscripteur de suspendre le versement à la Société des sommes destinées à la libération des actions, ne pouvait pas rendre caduc un nantissement, qui au moment de sa conclusion, portait sur un objet existant, sur une créance parfaite. En réalité le souscripteur général se trouvait donc, vis-à-vis du créancier gagiste, dans la situation d'un tiers donneur de garantie. C'est lui qui avait concédé au créancier gagiste son droit de préférence sur des obligations qui lui appartenaient et dont il avait consenti à se dessaisir. Il n'est donc pas douteux que, dans cette espèce, la validité du nantissement pouvait d'autant moins être mise en doute qu'on se trouvait en réalité en présence d'obligations effectivement souscrites.

2° La Cour de cassation, au contraire, a jusqu'ici reconnu à la convention le caractère d'un nantissement valable.

Deux arrêts rendus, l'un par la Cour de Bordeaux (1) le 28 novembre 1900, l'autre par la Chambre des requêtes le 13 juin 1903 (2) et relatifs à la même affaire, adoptent le système du nantissement dans l'espèce suivante : une Compagnie d'éclairage électrique avait remis à l'un de ses

(1) Cour de Bordeaux, 28 nov. 1900, sous Cass. 13 juin 1903 dans S. 1905, 1, 497. — *Rev. des Soc.*, 1904, p. 115.

(2) Cass. Req. 13 juin 1903. D. 1904, 1, 326. S. 1905, 1, 497 et note de M. Wahl. — *Rev. des Soc.*, 1904, p. 116. — *Rev. crit.* 1906, p. 205. Note de M. Arthuys. — *Rev. trimestr. dr. civil*, 1906, p. 173, et note de M. Demogue.

fournisseurs, en garantie du paiement de marchandises livrées, 2,000 obligations « conférant aux preneurs une délégation sur les sommes que la ville de Cognac s'était engagée à payer mensuellement en représentation de l'éclairage municipal ». Cette convention était-elle valable? Les deux juridictions déclarent qu'à n'en point douter on se trouve en face d'un nantissement de créances; mais l'accord cesse entre elles lorsqu'il s'agit de déterminer la créance précise sur laquelle porte la garantie. La Cour de Bordeaux la trouve dans le droit éventuel qu'aura la Société émettrice d'exiger des preneurs, des souscripteurs, le versement du montant nominal du titre; donc mise en gage par le créancier d'une créance éventuelle.

La Cour de cassation, qui condamne d'ailleurs en termes formels la théorie du mandat, reconnaît au fournisseur un droit de gage portant sur les obligations elles-mêmes, c'est-à-dire sur la créance future qu'auront les obligataires contre la Société emprunteuse. Et elle en donne cette raison, que les titres « ayant une existence complète et étant matériellement transmissibles, bien que frappés d'une indisponibilité momentanée, réunissaient tous les éléments d'une créance contre la Société qui les avait souscrits et pouvaient dès lors faire l'objet d'un nantissement ».

Enfin, postérieurement à l'arrêt du 19 juin 1903, un deuxième arrêt de la Chambre des requêtes du 1^{er} août 1906 (1), rendu sur pourvoi formé contre un arrêt de

(1) Cass. Req. 1^{er} août 1906, *Ann. de dr. com.*, 1907, p. 81.

Douai du 29 novembre 1904 (1), reprend le raisonnement adopté en 1903. Mais il offre un moins grand intérêt doctrinal, car il relève formellement la circonstance que les titres avaient été souscrits.

Bref, dans la théorie du gage, une double difficulté se pose ; on aura non seulement à justifier l'application des art. 2075 et suiv. C. civ., mais il faudra en outre déterminer l'objet de la garantie et en démontrer l'efficacité.

C'est cette complication qui a suscité l'hypothèse du mandat ; suivant M. Wahl (2), l'auteur de cette construction juridique, elle mettrait en parfaite harmonie l'exigence des textes et la volonté des contractants. La Cour de cassation, à son avis, aurait perdu de vue la différence qui sépare la valeur économique d'un titre de son existence juridique ; l'obligation, dans l'intervalle qui sépare sa remise au tiers en vue du placement du titre, de la souscription par le premier acquéreur, représente bien une valeur économique : mais d'efficacité juridique, elle n'en a point. On ne trouve pas, à côté du signe matériel sorti des presses de l'imprimeur, la créance qui en forme le substratum indispensable ; et cependant le détenteur a entre les mains autre chose qu'une simple vignette valant le poids du papier. Cette créance, en effet, il peut la faire naître quand il le voudra en négociant le titre ; ainsi, ce titre représente bien quelque chose entre les mains du tiers

(1) Douai, 29 nov. 1904, *Ann. de dr. com.*, 1906, p. 96.

(2) Wahl, *Du nantissement constitué par une société sur ses propres obligations*, *Rev. des soc.*, mars 1904, p. 97 et sqq.

détenteur. Mais ce quelque chose n'est à coup sûr pas une créance : peut-on, en effet, parler de créance valable, avant l'émission, c'est-à-dire avant la désignation d'un créancier, d'un obligataire ? M. Wahl se tient donc en définitive à égale distance de l'opinion de la Cour de Besançon et de celle de la Cour de cassation, l'une et l'autre, à son avis, empreintes d'exagération manifeste (1).

De cette constatation il déduit l'impossibilité d'un gage qui porte sur une créance n'existant pas. L'hypothèse du nantissement, à son avis, serait fondée sur trois suppositions dont aucune, en fin de compte, ne se trouverait vérifiée : tout d'abord la créance, comme nous venons de le voir, n'est encore qu'éventuelle. En second lieu, l'intention des parties n'a pas été de donner au prêteur une garantie. En effet, l'essence d'un contrat de garantie, c'est la remise au créancier par son débiteur d'un objet lui appartenant ; si, à l'échéance, l'emprunt est remboursé, l'objet sera restitué à l'emprunteur ; dans le cas contraire, le créancier gagiste aura le droit de le vendre pour s'en appliquer le prix. Or, suivant M. Wahl, tel n'est pas le cas ; les obligations, même en supposant qu'elles aient une existence juridique, n'appartiennent pas à la société, puisqu'elles représentent sa future dette envers les obligataires ; de plus, le but final poursuivi par la société n'est pas de rentrer un jour en possession, puisqu'elle donne en fait à son prêteur le mandat éventuel de procéder à leur émission.

(1) *Rev. des soc.*, 1904, p. 103.

Enfin, en troisième lieu, les règles spéciales au nantissement des créances ne sont pas applicables. On pourrait, sans doute, admettre à la grande rigueur que ce gage a été valablement constitué; et encore la mise en possession du créancier gagiste serait-elle seule réalisée; en revanche, pas de signification au débiteur possible, conformément à l'art. 2075, puisque c'est le débiteur lui-même qui remet en garantie sa propre dette future. Mais il n'y a pas que les formalités constitutives qui fassent difficulté: la société confie d'ordinaire à son prêteur le soin de placer peu à peu les obligations dans le public, en profitant du bon état du marché. Dans l'hypothèse du gage, le prêteur ne pourra procéder à la vente des obligations avant l'échéance; jusqu'à l'échéance, il est obligé de garder un rôle purement passif. Il y a donc une différence fondamentale entre un nantissement véritable et l'hypothèse qui nous occupe.

Enfin, comment expliquer le fonctionnement du droit essentiel reconnu par la loi au créancier gagiste, du droit de vendre à l'échéance s'il n'a pas été remboursé? Cette mise en vente serait déjà très aléatoire si la société, quoique momentanément incapable de rembourser la somme avancée, ne se trouvait pas complètement au-dessous de ses affaires; car les souscripteurs n'auront aucun motif nouveau de montrer plus d'empressement à mettre en portefeuille des titres dépréciés. Mettons les choses au pire, et admettons que la société soit en état de faillite ou de liquidation judiciaire; cette mise en vente, irréalisable en pra

tique, ne servirait plus de rien au créancier gagiste, puisque les obligataires produiraient à ses lieu et place pour le montant nominal des obligations, et garderaient l'intégralité du dividende.

M. Wahl en conclut que la qualification juridique choisie par les arrêts, ne convient pas ; il faut en prendre une autre ; ce sera le mandat. Sans doute la convention est valable, mais elle ne l'est qu'à condition d'y voir une émission en suspens. Forcée de renoncer provisoirement à la souscription publique de ses obligations, la société a demandé à son banquier une avance, en échange de laquelle elle lui donne d'ores et déjà mandat de procéder éventuellement à l'émission. Ainsi comprise, l'explication aurait l'avantage de donner pleinement effet à la volonté des parties, tout en faisant appel aux formes les plus simples de la technique juridique.

Cependant, cette théorie du mandat n'est peut-être pas aussi parfaite à tous égards qu'elle paraît l'être. Et tout d'abord, le point de départ n'en serait-il pas une contradiction de fait ? Voici une société qui, par hypothèse, ne peut pas avoir recours aux formes courantes et régulières de l'émission ; des circonstances, indépendantes de la volonté des administrateurs, les forcent à y renoncer ; ils sont contraints d'employer une voie détournée, compliquée, différente du procédé si clair et si net du mandat, immédiat ou éventuel.

Leur choix se comprendrait d'autant moins, s'il ne devait aboutir à aucune différenciation juridique appréciable,

que le mandat d'émettre se montre, suivant les espèces, riche de combinaisons susceptibles de satisfaire aux exigences pratiques les plus variées. Pour n'en citer qu'un exemple, la société aurait pu proposer à son banquier non point l'engagement ferme de placer tous les titres dans le public, mais un engagement de garantie d'émission actuel et immédiat, sans que l'étendue de cet engagement cesse d'être subordonnée aux résultats d'un appel au public futur. Dans une hypothèse de ce genre, ce n'est pas l'emprunt qui est pris ferme, c'est la garantie qui est donnée ferme, mais les parties restent libres d'en fixer le montant à un chiffre aussi bas qu'elles le voudront par rapport au nominal des obligations. En fin de compte, le banquier sera considéré comme mandataire ou courtier pour tous les titres qu'il aura réussi à placer dans le public, et comme acquéreur au prix convenu de tous les titres qui resteront à sa charge. Si la souscription avait peu de chances de donner des résultats, il aura pris soin d'évaluer au chiffre maximum des avances, qu'il croit pouvoir consentir à la société, le montant total de la garantie. La convention ainsi comprise est pour partie une vente, pour partie un mandat, dans des proportions qui en constituent le caractère aléatoire(1).

Mais la mise en gage des obligations non souscrites n'a rien de commun avec un marché de cette nature.

(1) Cf. Sur un marché de cette nature : Trib. civ. Seine, 2^e ch., 14 déc. 1906, dans *Gaz. des Trib.* des 21 et 22 janvier 1907, et la note : « attendu, dit le jugement, que les syndicats d'émission se divisent en

Sans doute nous n'accordons pas aux termes de « gage, garantie, nantissement » dont se servent constamment les parties en cette matière une importance capitale. Bien qu'ils trahissent déjà le but poursuivi, on ne saurait baser sur eux aucune qualification juridique sérieuse.

En revanche il est un fait très important, que les partisans de la théorie du mandat n'expliquent pas, dont ils ne veulent même tenir aucun compte : c'est la remise des obligations faite à un tiers par la société. Suivant eux, peu importe que cette remise ait eu lieu avant ou après la souscription. Au contraire, les arrêts ne manquent pas de mentionner cette circonstance de fait, non seulement en matière fiscale, mais aussi en matière civile. Ils ont raison ; car elle traduit à merveille l'intention des parties.

Si les contractants ont véritablement poursuivi la réalisation d'un mandat, pourquoi ne s'être pas bornés à assurer au banquier, en échange de son avance, le droit exclusif de procéder à l'émission ? Pourquoi n'avoir pas spécifié que, ce jour favorable à l'émission venu, l'intermédiaire délivrerait au souscripteur un récépissé provisoire de versement, en échange duquel la société lui remettrait direc-

deux catégories distinctes ; que les premiers commencent à acheter directement tous les titres se réservant de les écouler peu à peu dans la masse du public ;... que les autres au contraire se bornent à servir d'intermédiaires entre le gouvernement emprunteur et le public auquel l'émission est offerte ; qu'en garantissant les résultats de cette émission, ils ne font aucun achat actuel et immédiat de titres ; qu'ils apportent simplement leur souscription éventuelle, au cas où le public ne fournirait point de souscriptions .. »

tement le certificat définitif dans la forme, — nominative ou au porteur —, qui lui conviendrait le mieux ? Pourquoi avoir mis tant de hâte à jeter dans la circulation des titres définitifs, quand leur création impose, non seulement à la société le paiement immédiat des droits de timbre et de transmission, mais à l'intermédiaire la charge éventuelle des droits, formalités et amendes, prescrits par les art. 28, 29, 30, 31 et 32 de la loi du 28 avril 1893, sur les opérations de Bourse, lorsque le moment sera venu de les lancer dans le public ? Telles sont les particularités que la théorie du mandat n'explique pas, ou plutôt qu'elle élimine en indiquant ce que les parties auraient pu faire, mais ce qu'à coup sûr elles n'ont pas fait.

Enfin l'insuffisance de cette théorie devient manifeste, lorsqu'on se rend compte de l'importance qu'aura pour le détenteur des titres le droit de vendre, qui résulte de sa qualité de créancier gagiste. Quelle que soit la valeur représentative des obligations non émises, elles seront d'ordinaire munies de garanties sérieuses ; la société, dont le crédit est discutable, n'hésitera pas, pour allécher les souscripteurs éventuels, à leur assurer des avantages tout à fait spéciaux. C'est ainsi que, dans une des espèces que nous fournit la jurisprudence, les futurs obligataires devaient recevoir en garantie « une délégation sur les sommes que la ville s'était engagée à payer mensuellement en représentation de l'éclairage municipal (1) » ;

(1) Cass., 13 juin 1903.

dans une seconde espèce, il s'agissait d'obligations hypothécaires (1). Le but incontestable des parties est de mettre le prêteur à même d'utiliser à son profit de pareils avantages. La théorie du mandat le réduit, en tout état de cause, à la situation de créancier chirographaire, situation que la remise des obligations non souscrites a pour but de lui éviter.

Ainsi se dégage peu à peu la physionomie caractéristique du gage. Mais il importe, avant d'en justifier le raisonnement, de déterminer l'objet précis de la garantie ; sur ce point, les diverses solutions de la jurisprudence diffèrent du tout au tout.

Suivant la Cour de Besançon, — qui s'en autorise d'ailleurs pour déclarer le contrat nul, — l'objet du nantissement serait la simple feuille de papier confiée par la société à son prêteur. Et un auteur, M. Arthuys, partisan au contraire de la validité de la convention, n'hésite pas à dire qu'au fond la jurisprudence se contente d'une aussi mince garantie. Sans doute, cette opinion tient compte du rôle essentiel attribué par la jurisprudence à la mise en possession. Mais elle ne fait guère que le constater, sans le justifier d'aucun raisonnement juridique (2).

Faut-il dire, avec la Cour de Bordeaux, que l'obligation représente, entre les mains de l'intermédiaire, « le droit éventuel d'exiger des preneurs qui pourraient se présenter

(1) Besançon, 5 août 1903.

(2) Arthuys, *Examen doctrinal de jurisprudence*, dans *Rev. crit.*, 1906, p. 203.

le versement du montant nominal du titre » ? (1) Pas davantage ; cette hypothèse se heurte, en effet, à une objection décisive. Son moindre défaut est d'enlever toute efficacité à la garantie. Supposons, en effet, la société tombée en faillite ; le créancier gagiste vendra quand même les titres ; mais ceux-ci n'auront de valeur qu'en tant qu'ils représentent pour les porteurs le droit de produire à la faillite et d'y obtenir un dividende. Or, suivant le système adopté par la Cour de Bordeaux, le dividende, attribué à l'acquéreur des obligations réalisées, devra s'imputer sur celui du créancier gagiste. En réalité, celui-ci ne retirera de son gage aucun profit appréciable. D'ailleurs il est impossible de considérer l'obligation émise par une société comme représentant le droit pour cette société d'exiger la libération du titre. L'obligation se trouverait donc représenter successivement deux créances distinctes : jusqu'à la libération, le droit pour la société d'en recevoir le montant ; après libération complète, le droit pour l'obligataire d'être remboursé. Cette dualité est inadmissible.

La Cour de cassation adopte une formule très différente de la Cour de Bordeaux ; pour elle, ce n'est pas la créance de la société contre le souscripteur éventuel qui est donnée en gage, c'est l'obligation elle-même. La Cour décide, en effet, « qu'ayant une existence légale complète

(1) ... « Attendu dans l'espèce que les obligations émises par la Compagnie d'électricité lui conféraient le droit éventuel d'exiger des preneurs qui pourraient se présenter le versement du montant nominal du titre ; ... qu'à ce titre elles constituaient une créance sur un tiers ».

et étant matériellement transmissibles, ces titres, bien que frappés d'une indisponibilité momentanée, réunissaient tous les éléments d'une créance contre la société qui les avaient souscrits et pouvaient, dès lors, faire l'objet d'un nantissement (1) ». Cette formule, prise au pied de la lettre, a soulevé de très nombreuses et très graves critiques. Elle n'est guère que la reproduction des termes mêmes employés par les arrêts fiscaux de 1870 et 1875, et dont l'arrêt des Chambres réunies de 1904 consacre l'abandon définitif. La Chambre des Requêtes se contente de la création matérielle des titres pour en proclamer l'existence juridique ; il y a là une adhésion aussi subite qu'imprévue à la théorie allemande de la personification. Cette théorie, à laquelle notre droit se montrait jusqu'alors réfractaire, consiste à faire du titre de crédit lui-même, — qu'il soit nominatif ou au porteur, — le véritable créancier ; la personne du titulaire importe peu ; la qualité de créancier s'incarne dans le titre, abstraction faite de tout lieu juridique existant entre les deux personnes du créancier et du débiteur. La Chambre des Requêtes aurait-elle trouvé le moyen de faire cadrer cette conception avec l'ensemble de nos principes juridiques ? C'est peu probable ; le titre, dans notre législation, n'est qu'un mode de preuve ; il n'a, en dehors de la convention qu'il traduit, aucune existence et aucune valeur. Aussi la formule employée par l'arrêt du 13 juin

(1) Cass., 13 juin 1903. S. 1903, 1, 497.

1903 est-elle défectueuse. On ne peut l'adopter sans bouleverser les principes généraux de notre droit en matière d'obligations (1).

Mais il suffit de modifier cette formule excessive de la Chambre des requêtes pour donner à la théorie du gage toute sa valeur. Au lieu de créance actuelle, disons créance future et les difficultés disparaîtront. L'explication du nantissement d'obligations non souscrites par le gage sur créances futures a soulevé quelques objections ; notamment, lorsqu'on a justifié la possibilité du nantissement d'objets futurs, il reste à prouver que les exigences de la loi, au double point de vue des formalités constitutives du gage et du droit de vendre appartenant au créancier gagiste, reçoivent entière satisfaction (2).

Que le nantissement des objets futurs soit possible, c'est ce qu'il est facile de déduire du silence même du Code. L'article 1130 permet les contrats sur choses futures ; en matière de gage, ce texte ne se heurte à aucune prohibition spéciale. Tout au contraire, les lois du 21 juin 1874, art. 6, sur les banques coloniales, du 11 juillet 1851, art. 9, et du 13 déc. 1901, art. 6, § 2, nous offrent des exemples de contrats de cette nature. La seule objection qu'on puisse faire à la mise en gage des choses futures, à savoir l'impossibilité de la mise en possession,

(1) Cf. sur ce point, Thaller, *De la nature juridique du titre de crédit*, *Ann. de dr. com.*, 1906, p. 25 et note 2.

(2) Dans le même sens Demogue, dans *Rev. trimest. du dr. civil* 1906, p. 173 et sqq.

n'existe pas dans notre cas, puisque les titres d'obligations ont déjà été créés. Quant à la nullité de l'hypothèque sur choses futures, on ne peut en tirer aucun argument d'analogie (1), car elle se justifie, non par un raisonnement commun à tous les contrats de garantie, mais par des motifs spéciaux tirés de notre régime hypothécaire (art. 2129, C. civ.)

Revenons aux règles spéciales au contrat de gage, elles s'appliquent sans peine à notre cas. Ainsi l'absence d'acte enregistré s'explique par le fait que nous nous trouvons en matière commerciale, et par conséquent sous l'empire de l'art. 109 C. com. La signification n'est aucunement nécessaire, puisque la créance future affecte la forme au porteur. Reste la mise en possession, qui constitue d'ordinaire l'obstacle principal à la mise en gage des choses futures. Or il se trouve justement que dans notre espèce, elle ne soulève aucune difficulté ; la créance future est d'ores et déjà représentée par un titre ; et ce titre, — la jurisprudence a pris soin de relever le fait —, a été remis au prêteur. Celui-ci a donc acquis sur les futures obligations le droit de préférence que la loi attache au nantissement.

(1) Cf. sur l'hypothèque des choses futures, la note de M. Lyon-Caen dans S. 1902, 1, 161. — Sur la mise en gage des choses futures, Bourges, 29 avril 1901, S. 1902, 2, 273, et la note de M. Wahl. L'arrêt de la Cour de Bourges, nie la possibilité d'une pareille mise en gage. — Cf. aussi, *Rev. trimestr. dr. civ.*, 1903, p. 172. Demogue : *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, *Rev. trimestr. de dr. civ.*, 1903, p. 783.

Vienne le moment où la Société se trouve incapable de rembourser les avances : que se passera-t-il ?

Remarquons tout d'abord que cette éventualité se réalise assez rarement. Les avances sont ordinairement consenties à des Sociétés qui, après un moment de gêne, retrouveront la prospérité. Aussi ne faut-il pas oublier qu'en toute cette matière, le droit essentiel pour le créancier gagiste, c'est le droit de rétention, qui lui permet d'exiger, de la Société redevenue solvable, son prompt remboursement, par la menace constante de la vente en bloc des obligations, bien plus que le droit de vendre lui-même. Et c'est ce qui explique comment la jurisprudence a été conduite à mettre en relief le rôle primordial de la mise en possession ; non-seulement il traduit à merveille l'intention des parties et le but qu'elles poursuivent, mais encore il suffit le plus souvent à produire toutes les conséquences dont elles ont envisagé la réalisation.

Cependant mettons les choses au pire et supposons que le créancier gagiste ne soit pas remboursé à l'échéance : sera-t-il désarmé ? Il n'aura, pour épuiser toute la valeur de son gage, qu'à mettre en vente les titres dont il est détenteur. Cette mise en vente, d'ailleurs, peut avoir été prévue par le contrat, sans que nous y trouvions le pacte comissoire prohibé par l'article 2078 C. civ. ; il est clair qu'en reconnaissant au créancier gagiste le droit de vendre, on n'a pas entendu le dispenser des formalités imposées par la loi. Ce droit, il le puise dans la convention intervenue au moment de la remise des obligations ;

les autres créanciers de la Société ne peuvent s'en plaindre, puisque les formalités de publicité ont été remplies.

En pratique, le créancier gagiste trouvera à cette vente un très gros avantage, car pour peu qu'il ait été prudent, le montant de ses avances sera très inférieur à la somme que produira la mise en vente des obligations.

Mais il ne doit point attendre, pour procéder à cette vente, que la société dont il détient les obligations soit tombée en faillite ; car, dans ce cas extrême, les chances de trouver des souscripteurs sont réduites à néant. L'obligataire, en effet, qui n'est pas encore dessaisi des fonds de la souscription au moment où éclate la faillite de la société, peut faire résoudre son engagement, conformément à l'art. 1184 C. civ., parce que d'ores et déjà il devient certain que la société, n'étant plus in bonis, se trouvera hors d'état de répondre à la condition de remboursement de sa dette (1). Nous nous trouvons ainsi en présence d'une hypothèse dans laquelle la souscription des obligations est rendue impossible ; le créancier gagiste devra y renoncer.

Force est donc bien de reconnaître qu'au cas de faillite, la créance future représentée par l'obligation n'aura plus aucune chance de se transformer en créance actuelle. En définitive, le créancier, dans cette hypothèse, se trouvera déchu de son privilège et réduit à produire à la faillite comme simple chirographaire et pour le montant de ses avances.

(1) C'est l'hypothèse sur laquelle l'arrêt de la Cour de Lyon du 12 février 1906 a eu à statuer.

3^e L'AVANCE SUR TITRES CONTRAT DISTINCT DU NANTISSEMENT

Le gage est un contrat accessoire ; il suppose presque toujours un prêt, une avance de fonds, dont il sera la garantie. Le plus souvent, les deux conventions se trouvent juxtaposées dans la pratique ; elles sont contemporaines ; et la remise des titres en gage constitue la contre-partie immédiate du versement des deniers.

Mais alors pourquoi ne pas faire de ces deux contrats unilatéraux une seule convention synallagmatique ? Le vocabulaire semble avoir devancé l'analyse juridique dans cette voie ; depuis longtemps, il désigne l'ensemble des deux opérations du terme d'avance sur titres. Il n'y aurait plus semble-t-il ni prêt ni nantissement, mais une convention indivisible formant un seul tout.

La Cour de cassation a été appelée par deux fois à se prononcer indirectement sur cette question ; en droit civil, on s'est demandé si la formalité du double exemplaire, prescrite par l'art. 1325 C. civ. pour toutes les conventions synallagmatiques, s'appliquait à l'avance sur titres (1) ; et en droit fiscal, on a tenté d'échapper à l'im-

(1) Cass. civ., 8 mars 1887, sur pourvoi d'un arrêt de la Cour de Douai, dans S. 90, 1, 257 et la note de M. Lyon-Caen. — Dans le même sens, Tribunal civil d'Arras, 13 juin 1888, dans *Le Droit* du 19 août 1888, qui applique aussi l'art. 1325 C. civ. — L'arrêt de cass. se trouve aussi dans D. 87, 1, 263 et P. F. 87, 1, 154. — Caen, 29 mars 1897, *La Loi* du 21 avril 1897.

pôt sur le revenu établi par la loi du 29 juin 1872 sur tous les emprunts faits par des sociétés, en distinguant l'avance sur titres de l'emprunt proprement dit (1).

Les deux espèces présentent une même particularité ; dans l'une et dans l'autre, il s'agissait d'avances sur titres consenties par la Banque de France. Or, la Banque, en cette matière, se trouve régie par une législation spéciale ; l'art. 16 des Statuts de 1808, les art. 3 et 4 de la loi du 17 mai 1834 et surtout l'ordonnance du 15 juin 1834 lui interdisent de prêter sur la seule garantie du crédit personnel de l'emprunteur. Aussi ne prête-t-elle que sur remise de titres ou de métaux précieux (2). Cette circonstance explique la netteté des hypothèses sur lesquelles les arrêts ont eu à se prononcer ; le nantissement était vraiment la condition du prêt, puisque sans lui le prêt n'aurait pu avoir lieu. Mais il ne faudrait pas tirer, de cette circonstance, argument pour infirmer l'autorité des arrêts et en restreindre la portée. Une réglementation d'ordre intérieur ne peut modifier le caractère juridique des con-

(1) Cass. civ., 29 oct. 1894, S. 96, 1, 193 et la note de M. Wahl. (Enregistrement c. C^{ie} l'Abeille et Banque de France.)

(2) Une série de décrets sont ensuite venus indiquer les valeurs que la Banque pouvait recevoir en garantie de ses avances : décret du 3 mars 1852, art. 4, pour les actions et obligations de chemins de fer français ; du 28 mars 1852, art. 1^{er}, pour les obligations de la Ville de Paris ; loi du 9 juillet 1857, art. 7, et décret du 20 juillet 1857, art. 9, pour les obligations du Crédit Foncier ; décret du 13 janvier 1869, art. 1^{er}, pour les obligations de la Société Générale Algérienne, etc., etc. — Cf. Buchère, *Traité des valeurs mobilières* ; 2^e éd. ; appendice n^o 2.

ventions conclues par la Banque ; et à cet égard, elle n'échappe en aucune façon au droit commun (1).

I. — Le prêt et le gage, considérés isolément, sont deux contrats unilatéraux, dont l'un oblige l'emprunteur au remboursement des deniers, et l'autre le créancier gagiste à la restitution de l'objet remis en garantie. Comme tels, ils échappent à la formalité du double exemplaire prescrite par l'art. 1325 C. civ. pour les conventions synallagmatiques, et restent soumis, le premier à l'art. 1326 et à la formalité du bon pour et approuvé, puisqu'il emporte paiement d'une somme d'argent ou d'une quantité, le second au droit commun des actes sous-seings privés, modifiés par les art. 2074 et 2075 C. civ. Supposons maintenant que les deux accords de volonté soient concomitants ; la Cour de Douai avait refusé d'en conclure aucune modification du régime des preuves. Au contraire, la Cour de Cassation le 8 mars 1887 décide que cette circonstance rend l'art. 1325 applicable.

Mais il faut s'entendre sur la portée de cette décision. Certains ont voulu y voir l'individualisation d'un contrat nouveau distinct du prêt et du nantissement, et ils sont partis de là pour approuver ou combattre la solution de

(1) *Contrà* Guillouard, *Traité du nantissement*, n° 23 et sqq.

La Cour de cassation, arrêt du 29 octobre 1894, s'exprime ainsi : « Attendu... qu'il n'importe pas davantage qu'il soit interdit à la Banque de France de faire des avances sans remise de titres en nantissement ; que la nécessité de cette sûreté obligatoire n'a aucune influence sur la nature de l'avance dont elle garantit le recouvrement et qui n'en demeure pas moins un emprunt ».

la Cour suprême. Il n'y a rien de pareil dans l'arrêt, et M. Lyon-Caen a montré au contraire qu'on pouvait le justifier sans en tirer d'aussi discutables conséquences (1). Nous nous trouvons en présence de deux obligations distinctes et corrélatives, l'une à la charge du débiteur, l'autre incombant au créancier gagiste. Il est nécessaire qu'ils aient l'un et l'autre entre les mains la preuve de leur droit ; et voilà plus qu'il n'en faut pour justifier l'application de l'art. 1325.

On n'aura pas changé la nature du prêt et du nantissement, en leur appliquant une règle propre aux contrats synallagmatiques. Les uns et les autres ne forment pas deux catégories tranchées au point qu'aucune commune mesure ne leur serait applicable. La Cour de Cassation (2) parle « des conventions », et non de la convention unique, contenues dans l'acte d'avances sur titres ; et si, quelques lignes plus bas, elle les qualifie de synallagmatiques, c'est uniquement pour exprimer l'indivisibilité, l'indissolubilité de fait qui unit les deux obligations, et se distingue d'une juxtaposition purement fortuite, d'une circonstance accidentelle. Le mot synallagmatique a donc, à côté du sens

(1) En note dans S. 90, 1, 257. — Cf. aussi Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. commercial*, t. III, p. 205. note 1 ; p. 208, note 2.

(2)Attendu que l'acte du 1^{er} juin 1883, a eu pour objet de constater à la fois le prêt fait par la Banque de France à B... et la dation en nantissement par B. à la Banque, d'un certain nombre de titres nominatifs, en garantie du remboursement de la somme à lui prêtée ; que des conventions intervenues dans cet acte sont nées deux obligations directes et principales ; au profit de la Banque, l'obligation directe de B. de rendre la somme, etc.

étroit en opposition avec unilatéral, un sens large qui convient à tout accord de volontés mettant à la charge des parties des obligations corrélatives. Mais ce serait abuser de cette expression que de conclure de son emploi à l'existence d'un contrat nouveau, distinct du nantissement et du prêt.

II. — La même négation se dégage avec plus de netteté encore de la jurisprudence fiscale. La loi du 29 juin 1872, art. 1-2°, frappe ou assujettit tous les emprunts faits par des sociétés à une taxe sur le revenu (1); jusqu'en 1894, la constitution d'une garantie n'avait apporté aucun obstacle à la perception de cette taxe. A cette époque la Cie l'Abeille prétendit soustraire à l'impôt les sommes qu'elle versait à la Banque de France comme intérêts des avances sur titres à elle consentie. Elle appuyait sa demande d'exemption de plusieurs motifs; suivant elle, l'avance sur titres était facile à distinguer de l'emprunt; c'était une opération de banque et non un prêt, et à ce titre elle obéissait à des règles toutes différentes. Les travaux préparatoires de la loi de 1872 étaient invoqués à l'appui de cette distinction. La loi de 1872 en effet n'est qu'un débris du projet Wolowski d'impôt sur le revenu; et ce projet à l'état primitif comportait deux cédules C et D, où l'avance sur titres était nommément désignée. La cédule C frappait les avances contractées par des particuliers ou des socié-

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. 4, n° 683. — Wahl, *Titres au porteur*, t. 2, p. 124. — Cass., 8 mars 1887, S. 90, 1, 237; 3 avril 1875, S. 78, 1, 279, 12 déc. 1877, S. 78, 1, 81.

tés ; la cédule D exemptait les avances sur titres consenties par les banques, en frappant d'une taxe spéciale les bénéfices de cette profession. Ces deux cédules sont disparues et seule la cédule A subsiste dans la loi de 1872 ; mais on en tirait la preuve indirecte que cette loi distingue entre le prêt et l'avance sur titres (1).

Ce raisonnement n'a pas convaincu la Cour suprême, qui le 27 octobre 1894 a repoussé la prétention. La profession du prêteur ne modifie aucunement la qualification du contrat ; rien ne distingue l'avance consentie par une banque, de l'avance consentie par les particuliers, et le mot emprunt s'applique aussi bien à l'une qu'à l'autre. Quant à dire que l'avance constitue une opération de banque et non un prêt, c'est absolument comme si l'on refusait de reconnaître la qualité de vente au marché à terme, sous prétexte que c'est une opération de bourse.

Ainsi le nantissement, en se superposant au prêt, ne transforme pas la convention pour en faire quelque chose de spécial. Le groupement sous un même vocable des deux contrats, n'entraîne aucune conséquence juridique. Mais cette tendance à la pénétration réciproque des deux conventions juxtaposées n'est pas particulière à la jurisprudence française ; la jurisprudence italienne montre les mêmes tentatives d'individualisation de l'avance sur titres (2). Toutes s'expliquent par la symétrie des consé-

(1) Cf. *Sur les travaux préparatoires de la loi*, la note de M. Wahl, dans S. 96, 1, 193.

(2) Bruschettini, dans *Rev. trimest. de dr. civil*, 1903, p. 422. —

quences qu'entraînent les deux contrats. C'est à constater cette symétrie et à en limiter les effets que doit se borner le rôle de l'interprète.

*
* * *

En résumé les résultats de l'analyse à laquelle nous venons de nous livrer sont les suivants : si les règles du gage ne conviennent généralement pas à un certain nombre de conventions, report, couverture, vente à tempérament, sauf les très rares exceptions où l'idée de garantie apparaît clairement dans l'intention des parties, en revanche l'avance sur polices, l'avance sur titres, le nantissement d'obligations non souscrites constituent des mises en gage véritables. Peu importe les rapports qui peuvent exister, en dehors du contrat de gage, entre le créancier gagiste et son donneur de garantie : rapports de prêteur à emprunteur dans l'avance sur titres, souscrits ou non, d'assureur à assuré dans l'avance sur polices. Le contrat de gage ne disparaît point dans cette complication et il convient de l'en dégager, pour pouvoir lui appliquer ensuite les règles spéciales qui lui conviennent.

Cf. aussi, un arrêt de la Cour de Cass. de Turin, 16 mars 1903, *Rivista di diritto commerciale*, I, 1, 138, 1903, qui définit l'avance sur titres un « *mutuo contro pegno* ».

CHAPITRE II

FORMALITÉS CONSTITUTIVES DU CONTRAT DE GAGE

I. — Rédaction d'un écrit.

La première des conditions de forme prescrites par la loi pour la constitution du gage de créances, c'est, aux termes de l'article 2075, la rédaction d'un acte authentique ou sous-seing privé enregistré (1). La constatation de la convention de gage par un écrit de cette nature est nécessaire, pour que le privilège né du contrat soit opposable aux tiers.

Depuis la loi de 1863, la nécessité d'un acte authentique ou sous-seing privé enregistré est spéciale au gage civil. En matière commerciale l'art. 91, al. 1^{er} C. com., en dispense les parties et le gage n'en sera pas moins opposable aux tiers. Ainsi le gage civil doit toujours être constaté conformément aux dispositions de l'article 2075; le gage commercial, au contraire, n'est pas soumis à cette première condition de forme, sauf en ce qui concerne les

(1) Nous n'examinons pas le point de savoir si un acte ayant acquis date certaine, autrement que par l'enregistrement, est suffisant. Cette question en effet n'est pas particulière au gage des créances, mais bien commune à tous les genres de gage.

créances à personnes dénommées, art. 91, al. 4 C. com.

Malgré la clarté de ces dispositions légales, certains auteurs, suivis en cela par quelques décisions de jurisprudence, ont voulu étendre au gage civil de titres au porteur le bénéfice de l'al. 1^{er} de l'art. 91 C. com. Partant de la solution aujourd'hui à peu près universellement admise, d'après laquelle la simple tradition suffit, même en matière civile, à la mise en gage des titres au porteur, ils en ont conclu que cette tradition était seule nécessaire ; et en conséquence, ils permettent au créancier gagiste de se faire payer par préférence sur le prix de titres au porteur, par cela seul qu'ils lui ont été livrés en nantissement, sans que la convention ait été constatée par aucun acte authentique ou sous-seing privé enregistré (1).

Il y a là l'exagération d'une idée juste en principe. En effet, admettre en matière civile la mise en gage des titres au porteur par simple tradition, c'est reconnaître tout simplement que l'efficacité de cette mise en gage n'est pas subordonnée à la condition d'une signification. Mais la rédaction d'un écrit est une formalité, très différente de la signification, qui reste nécessaire en matière civile tant pour les titres au porteur, que pour les titres nominatifs ou à ordre, par exemple, pour lesquels, d'après beaucoup d'auteurs, la signification n'est pas non plus nécessaire (2). Nous examinerons plus tard cette question.

(1) Massé, *Dr. com.*, VI, n° 525 ; Troplong, *Nantiss.*, n° 287 ; Alauzet, *Com. du Code de com.*, I, 458 ; Bordeaux, 17 avril 1845, D. 45, 2, 118 ; Paris, 8 fév. 1854, S. 54, 2, 320 ; Paris, 29 mars 1856, D. 56, 2, 228.

(2) Dans ce sens, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss.* t. 1,

Indépendamment de cette minime controverse relative aux titres au porteur, la rédaction d'un acte authentique ou sous-seing privé, envisagée comme formalité commune à tous les gages civils, soulève une très grosse difficulté d'ordre général. Son application, en effet, est dominée par la distinction entre gage civil et commercial, l'une des plus contestables de toute notre législation sur ce sujet.

Cette distinction repose sur une base très fragile. Aux termes de l'art. 91 C. com., modifié par la loi du 23 mai 1863, « le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers comme à l'égard des parties contractantes conformément aux dispositions de l'art. 109 ». Ainsi le gage n'a pas de qualité par lui-même ; son attribution au droit civil ou au droit commercial dépend uniquement de la nature de l'opération à laquelle il sert de garantie. Remarquons cependant qu'il n'était pas difficile d'établir son autonomie à l'égard de sa qualification civile ou commerciale ; les travaux préparatoires de la loi de 1863 contiennent les traces d'une proposition donnant la qualité commerciale à tout gage, soit qu'il ait été passé entre commerçants, soit qu'un commerçant y ait été partie (1). Mais ce projet n'a pas pré-

p. 46 ; Aubry et Rau, IV, § 432, et note 11, et la jurisprudence de la Cour de cassation. Cf. *infra*, p. 90.

(1) Rapport de Vernier dans S. 63, 4, 30. La Commission proposait sur l'article 91 un amendement ainsi conçu : « Le gage constitué soit par un commerçant, soit par toute autre personne à l'occasion d'un

valu et la loi a cherché son critérium dans une application désastreuse de la théorie de l'accessoire. En effet, l'acte que garantit le gage est le plus souvent un contrat de prêt ; et la détermination de la nature civile ou commerciale du prêt est elle-même l'une des questions les plus délicates de l'acte de commerce par relation. Sans doute, au regard du prêteur, qui est le plus souvent une banque ou une société de crédit, la nature de l'opération serait vite déterminée ; ce serait toujours un acte de commerce. Mais cette constatation importe peu, puisque c'est au regard de l'emprunteur seul que le prêt reçoit sa qualification. Or, il est déjà douteux qu'un non commerçant soit toujours placé, pour les prêts sur gage qu'il contracte, sous l'empire du droit civil et de l'art. 2075 ; en tout cas, il est certain que, pour un commerçant, la nature du prêt se détermine uniquement d'après la destination qu'il assignera à la somme empruntée (1).

On voit alors comment se pose le problème ; supposons, pour en mieux faire sentir toute l'importance pratique, le cas le plus fréquent : celui de l'avance sur titres consentie à un particulier par une maison de crédit. Au moment où l'emprunteur se présente à ses guichets, la banque n'est parfaitement renseignée que sur la valeur des titres

acte de commerce, ou en fonds publics français, ou en valeurs des Compagnies d'industrie et de commerce... » Elle avait ainsi en vue le commerce de banque. Ce fut le Conseil d'État qui repoussa cet amendement et y substitua le texte actuel.

(1) Sur toutes ces questions, nous ne faisons que rappeler très brièvement les principes généraux.

offerts en garantie, sur le vu desquels elle consentira le versement des deniers; elle pourrait à la rigueur, en ajournant la conclusion du contrat à la fin d'une enquête qu'il lui faudrait mener à bien, savoir si le client est ou n'est pas commerçant; quant à pousser ses investigations jusqu'à prévoir la destination future des deniers empruntés, elle doit y renoncer. Ainsi, le banquier prêteur se trouve dans l'impossibilité de réunir les données suffisantes pour déterminer avec certitude la législation applicable au contrat de gage qu'il va conclure. Voilà le résultat, tout au moins surprenant, auquel aboutit en cette matière le maintien d'une distinction surannée ! (1).

Mais alors, dira-t-on, que les maisons de crédit abandonnent le régime de faveur du droit commercial, pour s'en tenir aux prescriptions plus sévères de l'art. 2075 C. civ.; qui peut le plus peut le moins; le gage, en tout état de cause, sera valable. Malheureusement, les banques ne peuvent envisager avec indifférence l'application de tel ou tel régime aux avances sur titres. En pratique, sans doute, elles ne se contentent pas, comme mode de preuve, des mentions de leurs registres, et elles rédigent toujours l'acte sous-seing privé conforme à l'art. 2075 C. civ. Mais

(1) Cf. l'exposé magistral de cette critique législative dans l'étude de M. Thaller, *Des avances sur titres en banque*, *Ann. de dr. commercial*, 1901, p. 65. — Il convient de faire remarquer qu'à cet égard, la Banque de France, en vertu de l'ordonnance du 15 juin 1834, et le Crédit foncier, en vertu de la loi du 19 juin 1857, jouissent d'un régime de faveur. Une situation analogue était faite autrefois aux comptoirs d'escompte, mais le dernier de ces établissements a disparu en 1892.

là se borne l'usage qu'elles font de cet article ; et l'on ne procède jamais à l'enregistrement. C'est que l'enregistrement entraînerait pour l'emprunteur des frais tellement considérables que la mise en gage des titres cesserait d'être un mode de crédit couramment employé. En vertu de l'art. 67 § 3 de la loi du 11 frimaire an VII, cet enregistrement donnerait lieu à la perception du droit proportionnel de 1 p. 100 complété par le double décime et demi. Or, nous savons que l'avance sur titres constitue un moyen de crédit à court terme ; un pareil prélèvement, venant grossir le taux d'intérêt déjà lourd, ferait peser sur les donneurs de gage une charge véritablement écrasante.

Certains auteurs ont proposé alors un autre remède à cette situation sans issue, et ils ont cru l'avoir trouvé dans la loi du 8 sept. 1830, modifiée par la loi du 26 février 1872 et ainsi rédigée : « les actes de prêts sur dépôts ou consignations de marchandises, fonds publics et actions de compagnies d'industrie ou de finances. dans le cas prévu par l'art. 95 C. com. doivent être admis à l'enregistrement, moyennant le droit fixe de 2 fr. », porté en 1872 à 3 fr. 75. Il suffirait de donner de ce texte une interprétation suffisamment extensive, de l'appliquer au plus grand nombre de cas possibles, pour en faire le palliatif des lacunes que nous venons de signaler dans la théorie de l'acte de commerce ; le droit fiscal viendrait ainsi en aide au droit privé, et l'enregistrement serait toujours possible, sans qu'il en coûtât trop aux emprunteurs.

Pour apprécier la valeur de cet expédient, il faut se

reporter au moment où la loi de 1830 fut votée, et essayer d'en délimiter le champ d'application (1). On était au lendemain de la révolution de juin ; et le commerce, très éprouvé par les événements politiques survenus, traversait une crise intense. La loi de 1830 ne fut qu'un des nombreux moyens proposés à cette époque pour alléger les charges qui pesaient sur lui. La réforme proposée n'aurait d'ailleurs plus à l'heure actuelle la même raison d'être, puisque l'art. 91 C. com., modifié par la loi de 1863, supprime pour le gage commercial la nécessité d'un acte authentique ou sous-seing privé enregistré ; on ne s'expliquerait donc plus l'utilité de la substitution d'un droit fixe au droit proportionnel, dans une matière où les commerçants ne sont que rarement obligés de recourir à l'enregistrement. Mais la loi de 1830, antérieure à cette modification de 1863, s'explique par référence à l'ancien art. 95 du Code de commerce. Or, l'art. 95 visait le privilège accordé au commissionnaire pour les avances consenties par lui sur garantie de marchandises déposées par des commerçants habitant la même place ; et ce commissionnaire, aux termes de cet ancien art. 95, se trou-

(1) Cf. *Moniteur* du 4 sept. 1830, les considérations suivantes : « La Chambre des députés a cru devoir ajouter au texte, les actes de prêts sur dépôt des actions des compagnies et des fonds publics français. Nous n'avons pas pu craindre que cela accroisse sensiblement le sacrifice fait par le Trésor public ; parce que les commerçants ont peu de valeurs de cette espèce et qu'ils s'empressent de les réaliser lorsqu'ils éprouvent des besoins ». — Cf. aussi le supplément au *Moniteur* du 7 sept. 1830, p. 4.

vait soumis, pour la constatation des prêts sur nantissement qu'il consentait, aux formalités de l'art. 2074 C. civ. ; c'est-à-dire qu'il se trouvait dans l'obligation de dresser un acte écrit et de le faire enregistrer (1).

Cependant, la réforme de 1863 n'enlevait pas à la loi du 12 septembre 1830 toute son utilité ; l'enregistrement du gage commercial cessait d'être une formalité toujours indispensable ; mais il n'en restait pas moins quelquefois nécessaire (2). De plus, alors même que la rédaction et l'enregistrement d'un acte sous-seing privé ne sont plus indispensables, en matière commerciale, pour rendre le privilège du créancier gagiste opposable aux tiers, cet enregistrement n'en conserverait pas moins, à l'heure actuelle, le très grand avantage de fixer, de façon incontestable, la date de la naissance de ce privilège (3). Dans ces conditions, il y avait intérêt à savoir si la définition du prêt sur dépôt commercial, que la jurisprudence avait tirée de la loi de 1830, n'était pas plus large que celle que l'art. 91-4° C. com. donnait du gage commercial ?

(1) Garnier, *Répertoire*, v° Prêt sur dépôt ; *Journal de l'enregistrement*, n° 2719 ; Dél. 14 déc. 1830, J. E. 9840 ; Cass., 17 nov. 1834, S. 34, 1, 993 ; Cass. 5 déc. 1837 ; S. 38, 1, 63 ; Wahl, *Traité de dr. fiscal*, t. I, n° 411. Cass., 11 mars 1896, S. 97, 1, 243 et note Wahl, D. 96, 1, 289 ; Cass. Req., 14 mars 1903, S. 1906, 1, 133 et note Wahl.

(2) Par ex. en matière de nantissement de créances à personnes dénommées, art. 91-4°

(3) Cf. Exemple récent dans la jurisprudence de la Cour suprême ; Cass., 14 mars 1903, S. 1906, 1, 143 et note de M. Wahl, où la loi de 1830 est appliquée à l'enregistrement du jugement constatant un prêt sur gage verbal.

C'est la rédaction de ce texte, d'une portée en apparence très restreinte, qui permet de songer à lui pour parer aux inconvénients de l'article 91. C'est ce manque de concordance entre la loi de 1830 et la définition du gage commercial donnée par l'art. 91 C. com. qui a suggéré la pensée que cette loi permettrait peut-être de restreindre au droit fixe les prétentions de l'Enregistrement, dans des cas auxquels l'article 91 ne s'appliquait plus, c'est-à-dire dans des cas de gage civil.

La jurisprudence, en effet, n'avait pas tardé à donner de la loi de 1830 une interprétation très favorable aux intérêts des emprunteurs. Elle commença par en faire un texte général pour tous les prêts commerciaux ; pour cela, non seulement elle reconnut au banquier la qualité de commissionnaire exigée par la loi, non seulement elle supprima l'obligation de résidence (1), mais encore elle ajouta à l'énumération des objets susceptibles d'être remis en garantie un grand nombre de valeurs auxquelles la loi n'avait point songé (2).

Malgré tout, la perception du droit fixe restait une faveur consentie au commerce ; allait-on pouvoir en faire bénéficier le gage civil ? Il semble bien qu'on y ait songé de très bonne heure, surtout avant que la loi de 1863 ait été

(1) Dél. 31 juillet 1835, J. E., 11259 ; Cass., 26 mai 1875, S. 45, 1, 538 ; Sol. du 24 oct. 1832.

(2) Cass., 29 nov. 1848, D. 49, 1, 257, pour les actions de soc. étrangères ; Sol., des 29 mai 1868, 9 fév. 1875, 23 nov. 1875, fév. 1876, 6 janv. 1861 pour les obligations ; Trib. civ., Seine, 8 juillet 1851, S. E., 15287.

votée ; mais, de 1834 à 1837, trois arrêts de la Chambre civile de la Cour de Cassation refusent expressément d'étendre la loi à un prêt sur nantissement passé entre un emprunteur non-commerçant et un prêteur commerçant (1). Plus tard, cependant, d'autres décisions vinrent modifier ce que cette première solution avait de trop rigoureux ; deux jugements du Tribunal de la Seine exemptèrent du droit proportionnel et admirent au bénéfice du droit fixe des prêts sur nantissement consentis par un commerçant à un non-commerçant, dans un but commercial (2).

Mais il faut comprendre la portée très restreinte de ce correctif ; il aboutissait uniquement à supprimer toute différence entre la définition du gage soumis au droit fixe de la loi de 1830 et celle du gage réputé commercial aux termes de l'art. 91 C. com. Dans les deux cas la nature du contrat se déterminait par rapport à la destination de la somme empruntée. Une seule question, qui n'a jamais été tranchée par la jurisprudence, permettrait de lui supposer encore aujourd'hui des intentions libérales ; c'est celle de l'extension du droit fixe au prêt sur gage contracté par un commerçant dans un but civil, par exemple pour acheter une maison d'habitation ou

(1) 17 nov. 1834, deux arrêts, D. 93, 1, 27 et 28 ; S. 34, 1, 395 ; 5 déc. 1837, S. 38, 1, 63 et D. 38, 1, 39 ; Dél. 14 déc. 1830, J.E., 9840.

(2) Trib. civil Seine, 22 juin 1861 ; Rép. pér. de l'enregistrement, n° 1514 ; Trib. civ. Seine, 6 juin 1862, Rép. pér., 1777. — Pour le cas de fraude : Trib. Lyon, 30 déc. 1850, J. E., 1505, et Trib. Marseille, 15 juin 1842, J. E., 13036.

constituer une dot à sa fille ; mais, selon nous, si la Cour de cassation doit se prononcer sur ce point, elle n'hésitera pas à décider l'application du droit proportionnel et complétera ainsi le parallélisme établi entre la loi de 1830 et l'art. 91 C. com.

En effet, la base du raisonnement, qu'elle applique à l'interprétation de la loi de 1830, consiste à étendre l'application de la loi, sans tenir compte de ses ambiguïtés, à toutes les catégories de prêts et de gages commerciaux pour lesquels l'enregistrement est encore nécessaire. **Telle** est la mesure exacte de son libéralisme, mais il est **inutile de** songer à étendre la loi, au delà du droit commercial, **à une** variété quelconque de gage civil. Ce texte soulève **donc** les mêmes difficultés d'interprétation que la détermination **de** la nature commerciale ou civile du prêt et du gage qui **en dépend** (1).

Ainsi le remède proposé **n'a donc** pas l'efficacité nécessaire ; le seul moyen de faire disparaître les graves inconvénients pratiques, que nous venons **de** signaler, consisterait à remonter à leur cause première, et à unifier résolument la législation du gage. Le régime paradoxal et onéreux, auquel les banques se trouvent soumises pour les avances sur titres, les met à l'heure actuelle dans l'impossibilité de se conformer à la loi. L'adoption de règles communes à tous les nantissements, quel que soit le but visé par le donneur de garantie, supprimerait toutes ces

(1) Thaller, *Des avances sur titres en banque*. Op. et loc. cit.

difficultés. D'ailleurs ce n'est pas seulement en étudiant la première des deux règles de forme qu'on aboutit à formuler ce vœu, et le chapitre suivant va nous permettre d'insister encore davantage sur les très graves conséquences de cette dualité de réglementation.

CHAPITRE III

FORMALITÉS CONSTITUTIVES DU GAGE

II. — Signification et formalités équivalentes. Transfert, endos de garantie.

Une fois l'acte de gage rédigé, conformément aux prescriptions de l'art. 2075 C. civ., il reste à le signifier au débiteur de la créance donnée en nantissement. C'est la seconde des deux règles de forme établies par la loi, pour rendre le privilège du créancier gagiste opposable aux tiers.

Cette nécessité d'une signification offre avec les formalités prescrites par l'art. 1690 pour la cession de créances une similitude frappante. A vrai dire, l'art. 1690 prévoit, à côté de la signification, l'acceptation authentique du débiteur de la créance cédée ; et l'art. 2075 ne reproduit pas en matière de gage cette possibilité. Mais la question n'a pas tardé à se poser, en doctrine et en jurisprudence, de savoir si l'on pouvait compléter par l'article 1690 les dispositions de l'art. 2075. Quelques auteurs s'y refusent, en alléguant qu'en matière de privilège tout est de droit étroit, et qu'on ne saurait suppléer au silence de la loi sur ce point ; un certain nombre d'arrêts de Cours

d'appel partagent d'ailleurs cette opinion (1). Elle est pourtant d'une rigueur injustifiable, et c'est avec raison que la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 août 1905, a reconnu à l'acceptation authentique du débiteur de la créance cédée le pouvoir de rendre le privilège du gagiste opposable aux tiers. Ceux-ci, au cas de cession, ont autant besoin de protection qu'au cas de mise en gage (2). La loi, en reconnaissant à l'acceptation authentique une valeur de publicité suffisante dans l'un de ces cas, ne pouvait logiquement la lui refuser dans l'autre. En d'autres termes, il ne faut voir dans l'article 2075 qu'une reproduction abrégée de l'art. 1690.

Ainsi, à n'en pas douter, l'intention du législateur a été de modeler les formes du gage des créances sur celles de la cession. Sur ce point, tout le monde, à peu près, se trouve d'accord. Mais là où l'accord cesse d'exister, c'est

(1) Dans ce sens, Laurent XXVIII, n° 464 ; Baudry-Lacantinerie, *Pr. de dr. civ.*, III, n° 1025. — Besançon, 24 nov. 1868 et sur pourvoi Req., 11 août 1869, D. 70, 1, 81 (acceptation sous seing privé).

(2) Cass., 11 août 1905, dans S. 1905, 1, 113 et la note de M. Lyon-Caen ; S. 1905, 1, 493 ; *Rev. trimestr. de dr. civ.*, 1905, n° 358 et la note de M. Demogue : « Attendu, dit l'arrêt, que cette disposition (l'art. 1690) à laquelle se réfèrent virtuellement les art. 2075 C. civ. et 91 C. com., s'applique dans son ensemble et par identité de motifs au transfert à titre de nantissement. . » Dans le même sens Duranton, XVIII, n° 524 ; Troplong, *Nant.*, n° 268 ; Aubry et Rau, IV, n° 432, texte et note 15, p. 704 ; Guillouard, *Nantiss.*, n° 116. — *Contrà* Caen, 3 mai 1905, Rec. Caen, 1905, p. 155. L'arrêt de Cass. Req. 11 août 1869 D. 70, 1, 81 S. 69, 1, 397, souvent cité est uniquement relatif à une acceptation sous-seing privé. En réalité l'arrêt du 11 août 1905 constitue la première décision de Cass. sur ce point.

lorsqu'il s'agit de fixer les limites exactes de ce parallélisme et d'en déterminer les conséquences.

Cette confusion a pour origine l'obscurité des textes légaux eux-mêmes, Sous l'empire du Code, l'art. 2075 était la seule disposition légale relative au gage de créances ; or il vise incontestablement les créances à personnes dénommées, celles-là même qui se transmettent à l'égard des tiers par l'accomplissement des formalités de l'art. 1690. Mais, de plus en plus se développait toute une catégorie de titres, nominatifs, à ordre ou au porteur, dont la cession se fait par des procédés spéciaux : tradition, transfert et endos, dont l'art. 1690 ne dit rien. Pouvait-on étendre à la mise en gage les modes de transfert nouveaux, justifiés par la forme des titres, et admettre le nantissement constitué par simple tradition, par endos ou transfert de garantie ? C'aurait été une application hardie de ce principe, que nous venons d'énoncer, en termes généraux, et qui consiste à assurer un parallélisme rigoureux entre les procédés de la mise en gage et ceux de la cession de créances. Doctrine et jurisprudence étaient très divisées sur ce point ; et les divergences ne tardèrent pas à devenir si graves qu'une intervention législative s'imposait.

Ce fut la réforme de 1863, qui introduisait dans le Code de commerce, à la place du texte primitif des art. 91 et sqq. relatifs au commissionnaire, toute une série de dispositions restreignant l'emploi de la signification aux seules créances à personnes dénommées. Quant aux créances dont les titres revêtent une forme spéciale, elles avaient doré-

navant chacune leur mode particulier de nantissement : pour les titres nominatifs le transfert de garantie, pour les titres à ordre l'endossement de garantie. Enfin par une disposition tacite, dont on admet la confirmation implicite par les travaux préparatoires de la loi de 1863, les titres au porteur peuvent être mis en gage par simple tradition (1).

Cette réforme se bornait donc à étendre au gage des procédés de cession d'une pratique courante. Cependant, loin de réconcilier avec les partisans de l'interprétation stricte en matière de gage, ceux qui, par une méthode d'interprétation plus large, voudraient étendre au nantissement les formes de la cession, elle ne fit qu'accroître encore davantage leurs dissentiments. Aussi marque-t-elle le début d'une ère de difficultés sans nombre, qui aujourd'hui encore n'est pas prête de prendre fin.

La loi de 1863, en effet, présente une double lacune. En premier lieu, elle est spéciale au droit commercial, puisqu'elle a sa place marquée dans le Code de commerce ; pour le gage civil, toutes les controverses relatives à l'emploi du transfert, de l'endos de garantie ou de la simple tradition pour les titres au porteur subsistent donc à l'heure actuelle. En second lieu, même en matière com-

(1) Cf. pour les travaux préparatoires de la loi de 1863 le rapport de Vernier dans S. 63, 4, 30. — Comparer à la loi française de 1863, la loi belge du 5 mai 1872, (Daloz, Code de com. ann., Suppl. n° 7067 et sqq.) qui n'offre point les mêmes inconvénients ; elle assimile complètement les formes sur gage et celles de la vente. — Cf. aussi à ce sujet Cass, Bruxelles, 29 oct., 1886 et les conclusions de l'avocat général Bosch, dans Daloz, J. G. S. v° *Nantissement*, 63.

merciale, la rédaction de l'art. 91 soulève un problème d'interprétation très délicat. L'art. 91, en effet, ne prescrit pas d'une façon impérative l'emploi de tel ou tel procédé de mise en gage, pour telle ou telle forme déterminée de titre. Il ne dit pas, par exemple, que les titres nominatifs ne pourront être mis en gage qu'au moyen de transfert de garantie ; il présente, au contraire, l'emploi du transfert de garantie comme simplement possible. Dans ces conditions, la question se pose de savoir quel est l'autre terme de l'alternative dont la loi indique le premier, quel est l'autre procédé de mise en gage possible, distinct du transfert ou de l'endos de garantie. Et sur ce point, les interprètes ne sont pas unanimes.

Ainsi, à ces deux lacunes de la réforme de 1863, correspondent deux problèmes distincts. Il s'agit, tout d'abord de savoir si l'on peut étendre au gage civil les types nouveaux de nantissement copiés sur les formes de la cession et admis par l'art. 91 C. com. pour le gage commercial ; il s'agit, en second lieu, de savoir si l'emploi de ces procédés spéciaux, transfert, endos de garantie, mise en gage des titres au porteur par simple tradition, est imposé par la loi, ou purement facultatif. Tels sont les deux points que nous allons successivement examiner.

*
* * *

1° La restriction au droit commercial de la loi de 1863 a créé dans la doctrine deux grands courants d'opinions

contraires. Pour quelques-uns, le but du législateur, en 1863, était de consentir au commerce une faveur spéciale, en mettant à sa portée des formes de nantissement simplifiées, bien plutôt que de faire une modification rationnelle basée sur la forme des titres. Aussi le gage civil de créances resterait-il, suivant ces auteurs, soumis en principe à l'art. 2075 qui prescrit la signification au débiteur de la créance engagée de l'acte constitutif de gage. Mais ce système recrute à l'heure actuelle de moins en moins d'adhérents. Il n'y a, en effet, aucune bonne raison à opposer à l'extension au gage civil du transfert et de l'endos de garantie, prévus par les al. 2 et 3 de l'art. 91 C. com. pour les titres nominatifs ou à ordre (1). L'opinion contraire impose aux emprunteurs civils des formalités inutiles et compliquées, qui forment, avec les procédés commodes de cession applicables aux titres dont il s'agit, le plus fâcheux contraste. Quant au nantissement civil des titres au porteur, on se contentera, pour le proclamer opposable aux tiers, de l'acte authentique ou sous-seing privé enregistré exigé par l'art. 2075, et suivi de la mise en possession du créancier gagiste par simple remise du titre (2).

(1) Dans le sens de l'extension : Cf. notamment Aubry et Rau, IV, § 432, p. 705 et § 433, p. 709 ; Cf. aussi Wahl en note sous Paris 11 juill. 1900, dans S. 1903, 2, 153. — En sens contraire : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss.*, t. 3, p. 41 ; Deloison, *Tr. des val. mob.*, n° 295 ; Folleville, *Tr. de la poss. des meubles et des titres au porteur*, n° 342.

(2) Aubry et Rau, IV, § 432, texte et note II ; Baudry et de Loynes, *Nantiss.*, t. I, p. 46. Cf. *suprà*, p. 74.

Malheureusement, la jurisprudence nous offre encore, à cet égard, le spectacle de la confusion la plus complète. D'une façon générale, elle semble admettre la mise en gage civile des titres nominatifs au moyen d'un transfert de garantie et sans exiger de signification (1); en ce qui concerne l'endos de garantie, la jurisprudence n'a pas encore eu à se prononcer sur son emploi en matière civile (2). Quant au nantissement civil des titres au porteur, tantôt la jurisprudence exige la signification pour déclarer le privilège du créancier gagiste opposable aux tiers, tantôt elle se contente de la rédaction de l'acte conformément à l'art. 2075, tantôt enfin, par une indulgence, dont nous avons vu au chapitre précédent le mal fondé, elle déclare le gage valable par cela seul que les titres ont été remis au créancier gagiste (3).

*
* * *

2° Le second problème peut être ainsi formulé en termes généraux : dans les cas où la mise en gage a pour

(1) Paris, 27 déc. 1894, D. 96, 1, 123 ; Trib. civ. Seine, 29 juin 1893 ; Trib. 12 nov. 1893 ; Paris, 26 janv. 1894, S. 94, 2, 215.

(2) Cf. cependant Paris, 2 juillet 1896, D. 98, 2, 41 et la note Dupuich.

(3) Duranton XVIII n° 525 ; Favard. Repert. v° Nantiss § 1, n° 4. Troplong *Nantiss.*, n° 277. Valette, n° 49. Massé et Vergé sur Zachariac, v. p. 108 note 12. Laurent, XXVIII. n° 476. Lyon-Caen et Renault. III. n° 280. Guillouard, *Nantiss.*, n° Pour la jurisprudence. Cf. *infra*, p. 96 et sqq.

objet un titre nominatif, à ordre ou au porteur, peut-on renoncer aux formes de nantissement spéciales à chacun de ces titres, endos et transfert de garantie, simple tradition, pour s'en tenir à la signification au débiteur, comme s'il s'agissait d'une créance à personne dénommée, et conformément à l'article 2075 du Code civil? Autrement dit, cet art. 2075 constitue-t-il une sorte de régime de droit commun applicable à tout contrat de gage sur créance?

La question se présente sous un aspect un peu différent suivant qu'elle concerne les titres nominatifs et à ordre ou les titres au porteur.

a) *Titres nominatifs et à ordre.* — Pour cette catégorie de titres, toute la difficulté vient de la rédaction très défectueuse des alinéas 2 et 3 de l'art. 91 C. com. C'est donc en matière commerciale que l'on se demande si le transfert et l'endos de garantie peuvent être utilement remplacés par la signification.

Ces deux paragraphes, avons-nous dit, consacrent pour les porteurs de titres nominatifs ou à ordre, désireux de donner leurs valeurs en gage, une simple faculté. Aussi n'affectent-ils pas une forme impérative; c'est une simple possibilité qu'ils prévoient. Ainsi il y est dit que « le gage peut *aussi* être établi par un endossement... », que « le gage peut *également* être établi par un transfert... » Certains auteurs, et en particulier M. Thaller (1), dans le but

(1) Cf. Thaller; *Traité élém. de dr. com.*, n° 1081 et 1082. — Dans le même sens, Wahl en note sous Paris, 11 juillet 1900, dans S. 1903, 2, 153.

de simplifier autant que possible les formalités de la mise en gage et d'amener une concordance complète entre le nantissement et la cession des créances, donnent de ces deux adverbess aussi et également l'explication suivante : suivant eux, ce serait une allusion au transfert et à l'endoss de propriété, qui, sans aucun doute, seraient plus que suffisants pour donner au créancier gagiste le droit privatif qu'il ambitionne. La loi, voulant éviter aux parties les inconvénients que comporte l'emploi du transfert et de l'endoss en pleine propriété, aurait aussi prévu les formes de transfert et d'endoss spéciales au contrat de gage, et grâce auxquelles le créancier, au lieu d'acquérir la pleine propriété, devrait se contenter d'un privilège d'ailleurs très suffisant pour lui donner toute sécurité.

Ce système d'interprétation, qui offre le très grand avantage d'assurer une harmonie complète entre la forme du titre et le procédé de mise en gage, n'est malheureusement pas exempt de reproches. Il ne tient pas compte du but poursuivi par le législateur de 1863, but que les adverbess aussi et également, insérés dans les alinéas 2 et 3 de l'art. 91, traduit d'une façon formelle. Les auteurs de la loi de 1863, à n'en pas douter, ont constamment eu sous les yeux l'art. 2075 du Code civil, qui jusqu'alors constituait la seule disposition légale relative au gage de créances. C'est donc par référence à cet art. 2075, disposition d'ordre général, qu'ils se sont décidés; il en résulte une corrélation étroite entre l'art. 2075 et l'art. 91 C. com., dont les divers alinéas ne constituent pour ainsi dire que des

exceptions à la règle générale posée par le Code. Mais ces **exceptions** n'enlèvent pas à l'art. 2075 sa portée générale. La **signification** reste toujours possible, et quand on y aura procédé, elle tiendra **lieu du tranfert** ou de l'endos de garantie (1).

La jurisprudence d'ailleurs ne nous fournit **que peu de** renseignements sur ce point (2) ; car elle a adopté **pour** les mots aussi et également une troisième interprétation, qui lui permet de se passer aussi bien du transfert et de l'endos que de la signification. Nous en verrons le détail au chapitre de la mise en possession.

Cependant il est une catégorie de titres nominatifs pour lesquels nous n'admettons pas que la signification puisse remplacer le transfert de garantie. Ce sont les inscriptions nominatives de rente sur l'Etat. En effet, le Trésor public n'a pas à tenir compte des saisies-arrêts ou oppositions pratiquées entre ses mains par les créanciers du rentier. La signification adressée au Trésor ne produira donc aucune conséquence, puisqu'elle n'emportera pas interdiction de payer les arrérages et le capital aux vendeurs(3). Autrement dit elle est inefficace, et c'est à tort que la Cour

(1) Lyon-Caen et Renault, t. 3, p. 210 et sqq ; Boistel, n° 492 ; Aubry et Rau, IV, § 433 ; Pont, *Pet. contrats*, II, n° 1115 et sqq ; Laurent, XVIII, n° 491 ; Guillouard, *Nant.*, n° 124.

(2) Cf. cependant Trib. com. Joigny, 24 oct. 1876, D. 79, 2, 154, réformé par Paris, 28 nov. 1878.

(3) Lyon-Caen et Renault, t. 3, p. 213 et sqq. ; Baudry et de Loynes, t. 1, p. 47 et sqq ; Wahl en note sous Paris, 11 juill. 1900 ; Cons. d'État, 6 avr. 1878, D. 79, 3, 41.

de Paris, dans un arrêt du 11 juillet 1900 (1), a permis à un créancier, qui avait **reçu en gage un titre de rente** nominatif et qui s'était contenté d'adresser au Trésor une signification sans réclamer de transfert de garantie, d'invoquer son privilège à l'encontre des tiers..

Mais faut-il aller plus loin et exiger, avec un autre arrêt de Paris du 4 décembre 1886, (2), non plus un simple transfert de garantie, mais un transfert d'ordre ? La Cour s'appuie sur le principe de l'insaisissabilité de la dette inscrite pour rappeler qu'un titre de rente ne saurait faire l'objet d'un transfert forcé opéré par autorité de justice. Par conséquent, si le créancier gagiste ne veut pas s'exposer à voir son droit méconnu le jour où il voudra vendre le gage et se payer par préférence sur le prix, il devra d'ores et déjà obtenir un transfert d'ordre. Selon nous, le transfert de garantie est amplement suffisant ; le donneur de garantie qui a consenti à la mise en gage de son titre de rente serait mal fondé à mettre obstacle à l'exercice du privilège consenti par lui. La justice pourra donc passer outre à sa mauvaise foi constatée et considérer son adhésion à la vente comme implicitement donnée (3).

b) Titres au porteur. — Nous avons admis, pour les

(1) Paris, 11 juillet 1900, S. 1903, 2, 153.

(2) Paris, 4 déc. 1886, S. 88, 1, 145.

(3) Dans ce sens, Lyon-Caen et Renault, t. 3, p. 213 ; Baudry et de Loynes, t. I, p. 47 ; Paris, 19 janvier 1886, S. 87, 2, 1 ; Paris, 21 mars 1889, S. 90, 2, 61.

titres à ordre et nominatifs, la signification à titre de règle générale commune à tous les contrats de gage sur créances ; cette règle générale continue-t-elle à subsister pour le nantissement des titres au porteur ? Les raisons que l'on a d'en douter s'appuient sur la nature particulière des titres au porteur. La question d'ailleurs est commune aux gages commercial et civil.

Le gage des titres au porteur, en effet, ressemble de tous points au gage des meubles corporels ; comme pour ce dernier, la simple remise de l'objet, accompagnée de l'acte écrit et rédigé conformément à l'art. 2074 pour le gage civil, suffit à sa constitution. L'emploi de la signification paraît donc étrange, puisqu'il substitue à la simplicité de l'art. 2074 une complication certaine. Cependant le fait s'est produit et il soulève une discussion des plus délicates, portant sur la nature même du titre au porteur.

Certains auteurs considèrent comme impossible l'emploi de la signification pour la constitution d'un droit de gage sur des titres au porteur. Ils s'appuient sur deux considérations principales (1). La première objection qu'ils font à l'extension de l'art. 2075 aux titres au porteur a surtout une portée pratique ; admettons pour un

(1) Cf. particulièrement à cet égard Thaller, *Des avances sur titres en Banque, critiques législatives*, Ann. de dr. commercial, 1901, p. 65 ; Tr. élém. de dr. com., n° 1084. — Cf. aussi Baudry et de Loynes, I, p. 47 ; Aubry et Rau, IV, § 432 ; Paris, 30 mai 1858, O. 60, 1, 123 ; Alger, 9 juin 1862, D. 65, 1, 55.

instant la possibilité pour le créancier gagiste d'adresser une signification au débiteur ; ce débiteur le plus souvent se trouve être une société ou une compagnie ; ce sera, par exemple, une société minière ou une compagnie de chemin de fer dont les actions ou obligations ont été remises en garantie ; supposons que cette pratique se généralise, que les significations deviennent de plus en plus fréquentes. La société, la compagnie se verront bientôt obligées d'ouvrir un véritable registre des significations. A côté du registre des transferts, dont la tenue est une obligation légale, il y aura le registre des significations. D'où complications sans nombre, difficultés inextricables qui finiront par entraver la libre négociation des titres.

Cette considération d'ordre pratique s'appuie sur un argument juridique très fort. L'utilité de la signification suppose, en effet, que le débiteur se trouvera désormais dans l'impossibilité de rester indifférent vis-à-vis des mutations de propriété survenues postérieurement à la mise en gage. Le titre, dont le numéro se trouvera inscrit au registre des significations avec mention d'une affectation de garantie, se trouvera en quelque sorte immobilisé entre les mains de la compagnie ; si plus tard un porteur, autre que le constituant de gage, se présente pour en toucher les coupons, pour avoir accès aux assemblées générales, bref pour exercer les prérogatives attachées à la possession d'une valeur semblable, la société débitrice, pour se mettre à couvert vis-à-vis du créancier gagiste, en l'absence de toute mainlevée du gage, se trouvera dans l'obligation

d'exiger du nouveau propriétaire une justification spéciale de propriété. Car on ne comprendrait ni le rôle, ni l'utilité de la signification, si elle n'avait pour résultat de rendre le débiteur de la créance engagée responsable au regard du créancier gagiste.

Or, ce résultat est directement contraire aux exigences légales. Il aboutirait à créer entre le titre nominatif et le titre au porteur une sorte de catégorie intermédiaire : le titre au porteur dont la mise en gage a été signifiée au débiteur. Nous savons que la Cour de cassation s'est toujours refusée à admettre la validité de combinaisons de cette sorte ; il arrive fréquemment que des propriétaires de titres au porteur inscrivent sur ces titres des mentions faisant connaître leur droit ; ou encore ces titres au cours d'un inventaire sont cotés et paraphés avec indication de la succession dont ils ont fait partie. Toutes ces surcharges n'ont aucune valeur légale et la Cour suprême a expressément refusé aux sociétés débitrices le droit de s'en prévaloir pour ajourner le paiement des coupons à un porteur autre que celui dont le nom figure sur le titre, ou pour exiger de ce porteur la justification de sa propriété. La question est la même lorsque le nom du donneur de gage, au lieu de figurer sur le titre, est inscrit sur le registre des significations ; de toutes façons le titre au porteur se trouve individualisé, il cesse d'être librement transmissible par simple tradition ; il subit donc une transformation dans sa nature même. En dehors des deux types de titres admis par la loi, les titres nominatifs et les titres au porteur,

toute situation intermédiaire est inadmissible ; le titre au porteur doit toujours garder la facilité de transmission inhérente à la forme qu'il revêt ; sans doute cette facilité peut faire naître un danger, mais la loi elle-même a prévu le remède ; c'est la conversion en titre nominatif (1). En dehors de cette conversion on ne peut citer qu'un seul cas dans lequel la négociation du titre au porteur puisse être entravée, c'est le cas d'opposition faite conformément à la loi de 1872 sur les titres au porteur perdus et volés.

Ce raisonnement est très juste, mais, à le prendre au pied de la lettre, il ne rend pas la signification de l'acte de gage impossible, il lui enlève seulement la plus grande partie de son utilité pratique. La présomption de l'art. 2279 continuera à protéger le porteur du titre, à lui donner aux yeux du débiteur la qualité de propriétaire avant comme après la signification. Mais s'ensuit-il pour cela que cette signification soit impossible en théorie ? Nous ne le croyons pas : peu importe le moyen pratique employé par la société débitrice pour établir l'état exact des significations qui lui seront adressées ; ouvrira-t-elle un registre spécial ? Se contentera-t-elle de réunir en une

(1) Cf. sur tous ces points : Cass. civ., 31 mai 1881, deux arrêts, dans D. 81, 1, 289, avec le rapport du conseiller Merville et les conclusions de l'avocat général Desjardins. — Cf. aussi, Cass., 15 avril 1861, dans D. 61, 1, 230, qui décide qu'« on ne peut apposer sur le titre au porteur aucune mention qui pourrait donner lieu à des recherches et à des garanties incompatibles avec les avantages de la libre circulation qui est de son essence ». — Wahl, *Traité théorique et pratique des Titres au porteur*, t. II, p. 41.

liasse les significations à elle adressées ? Nous n'en savons rien, et d'ailleurs peu importe. L'essentiel est de reconnaître que ces significations ne mettront à sa charge aucune responsabilité spéciale au regard du créancier gagiste, puisqu'elle est sans droit pour refuser d'obtempérer à première réquisition du porteur des titres. La signification de l'acte de gage au débiteur d'une créance au porteur donnée en garantie reste donc possible, parce qu'aucun texte de loi et aucun principe général ne s'y opposent. Mais cette possibilité est presque théorique, étant données les limites très étroites que la nature même du titre au porteur fixe à cette signification (1).

Cependant il n'était pas inutile de dégager cette conclusion ; le titre au porteur, a-t-on dit trop souvent, se comporte en matière de gage comme un objet corporel ; les règles seraient les mêmes et l'art. 2074 seul s'appliquerait. Cette assimilation est juste, mais elle ne saurait faire perdre de vue la nature véritable du titre au porteur, qui représente une créance. L'art. 2075 n'a donc pas perdu toute l'application. Pour le titre au porteur comme pour les titres nominatifs et à ordre, comme pour toutes les créances, il reste le droit commun de la constitution de gage civile ou commerciale, le droit commun de la signi-

(1) Baudry et de Loynes, I, p. 47 ; Pont, *Pet. contr.*, II, p. 1118 ; Vainker, *Gage civ. et comm.*, n° 262 ; Pardessus, *Dr. comm.*, IV, n° 1203 ; Duranton, XVIII, n° 527. — Civ. rej., 11 août 1847, D. 47, 1, 312 ; Civ. Cass., 19 juin 1860, D. 60, 1, 249 ; Civ. Cass., 30 nov. 1864, D. 65, 1, 55.

fication faite au débiteur de la créance engagée. A ce droit commun correspond, pour chaque type de titre, un type spécial de nantissement, destiné à supplanter de plus en plus en pratique le gage conforme à l'art. 2075.

Telle est la conclusion qui se dégage de l'état actuel de nos textes ; ils sont loin de réaliser la perfection de la logique et l'idéal de la simplicité, puisqu'ils laissent toujours, pour chaque variété de valeurs, le choix entre deux formes possibles de nantissement. Mais leur supposer cette perfection qu'ils n'ont pas serait prendre ses désirs pour la réalité.

CHAPITRE IV

FORMALITÉS CONSTITUTIVES DU GAGE

III. — De la mise en possession.

C'est là, avons-nous dit, le point capital de toute la théorie du gage de créances. Lorsqu'il s'agit de meubles corporels, de marchandises, on n'éprouve aucune difficulté à définir la mise en possession, à en énumérer les conditions et à en montrer le mécanisme. A vrai dire, pour cette catégorie de gages, la mise en possession soulève une pure question de fait, qui se ramène au point de savoir si la remise de l'objet au créancier gagiste ou au tiers, convenu entre les parties, a eu lieu et si le détenteur est resté nanti pendant toute la durée du contrat de gage.

Il en va tout autrement en matière de gage de créances. Les créances, droits incorporels, ne sont point susceptibles de possession ; il a donc fallu recourir à un expédient pour se conformer aux prescriptions de la loi. Cet expédient, indiqué déjà par Pothier, et signalé à nouveau dans les travaux préparatoires du Code civil, c'est la

(1) Pothier, *Tr. de l'hyp.*, n° 211 ; Duranton, XVIII, n° 525 ; Del-

remise du titre (1). Mais le titre ne joue ici qu'un rôle d'équivalence ; il n'est en lui-même qu'un morceau de papier, qu'un instrument de preuve dans lequel se fixe momentanément le droit de créance, la valeur économique représentée par la prestation exigible d'un débiteur. Pour que la remise de ce titre remplisse le but qu'une tradition séculaire lui assigne, il faut donc qu'une corrélation étroite, qu'une concordance absolue ne cesse d'exister entre le titre et le droit qu'il représente ; il faut en outre que le créancier gagiste, auquel ce titre a été remis, puisse se dire avec raison investi de la créance et qu'en revanche le donneur de garantie ne puisse plus se présenter aux yeux des tiers comme ayant toujours la pleine et entière disposition de cet élément de richesse. Il faut en un mot que la remise du titre joue le rôle fondamental de publicité attaché à la mise en possession.

D'où la nécessité de suppléer au laconisme de la loi et de créer pour le gage de créances toute une théorie de la mise en possession. Cette théorie, tout au moins dans ses grandes lignes, existe en jurisprudence (1) ; notre rôle se

vincourt, t. III, p. 210 ; Troplong, *Nantiss.*, p. 277 ; Aubry et Rau, t. 4, p. 705 ; Valette, n° 49 ; Laurent, t. 28, n° 470 ; Lyon-Caen et Renault, t. 3, n° 280 ; Lyon-Caen en note sous Cass. dans S. 86, 1, 305, S. 94, 1, 273 ; Guillouard, *Nant.*, n° 190 ; de Loynes, *Nant.*, n° 74 ; Boistel, n° 493 ; Saleilles, *de la possession des meubles*, étude de droit allemand et de droit français, 1906.

(1) Arr. Parlement de Paris, 9 juillet 1698, cité par Brillon, v° *Gage*, n° 25 ; Arr. Com. des Aides, 28 mars 1769, cité par Pothier, *du Nant*, n° 6. Cass. 11 juin 1846, S. 46, 1, 444 ; 20 janv. 1886, S. 86, 1, 305 ; 13 mars 1888, S. 88, 1, 302 ; 19 fév. 1894, S. 94, 1, 273 ;

bornera donc à la dégager de la masse des arrêts. Elle est d'autant plus curieuse à étudier que la base législative sur laquelle elle s'échafaude est plus étroite. Les Codes civil et de commerce, en effet, se bornent à mentionner la mise en possession en termes si généraux, si vagues, présentant avec le droit de créance des rapports si lointains qu'on a pu soutenir avec raison l'impossibilité d'adapter cette formalité au gage des créances (1). C'est l'art. 2076 C. civ., qui porte : « dans tous les cas le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties ». C'est l'art. 92 C. com. dont le § 1 reproduit, en termes identiques à ceux de l'art. 2076, la nécessité de la mise en possession. Partant de là, la jurisprudence s'est efforcée de tirer du laconisme des textes des motifs de décision ; elle s'est livrée, pour y parvenir, à un double travail dont nous donnerons les résultats en établissant :

1° Que, suivant les arrêts, la remise du titre est toujours nécessaire ;

2° Qu'elle peut être suffisante.

Mais pour que la jurisprudence nous donnât les éléments d'une construction juridique nette, une première

6 déc. 1887, S. 88, 1, 145. — Cass. Grand-Duché de Luxembourg, 23 déc. 1892. S. 93, 4, 15 ; Rouen, 20 juin, D. 85, 1, 59. — Req. 11 mars 1879. D. 79, 1, 401. S. 80, 1, 53 ; Bourges, 9 juin 1854. D. 55, 2, 252 ; Civ. Cass., 18 fév. 1894. S. 94, 1, 273. D. 94, 1, 420, etc.

(1) Cf., Thaller, *Trait. de dr. com.*, 1^{re} éd. p. 575 et sqq. — Colmet de Santerre, VII, n° 392 bis. Cf. aussi *suprà*, p. 13 et sqq.

condition était indispensable. Il aurait fallu qu'elle eût, du rôle joué par la mise en possession dans le contrat de gage, une idée précise. Or, il est facile de voir la lente évolution subie par cette formalité. A l'origine c'était un élément essentiel à la formation même du contrat. Dans le droit romain et même dans notre ancien droit, le contrat de gage ne se forme point par le simple accord des volontés. La convention par laquelle un débiteur affectait une chose à un créancier, sans la lui remettre, n'avait aucun effet juridique.

Aujourd'hui il n'en est plus de même : le contrat de gage, comme la vente, le louage ou toute autre convention, se forme par un accord de volontés. Sans doute cet accord ne suffit pas, même entre les parties, à parfaire le contrat de gage. La remise de l'objet engagé reste une condition essentielle à l'existence du contrat de gage, en ce sens qu'elle seule fait naître à l'encontre du créancier gagiste la charge de conserver et de rendre. Et c'est cette nécessité qu'énonce l'art. 2071 et qu'on traduit d'ordinaire en disant que le contrat de gage est un contrat réel.

Mais il faut se rendre un compte exact de la différence qu'il y a entre le rôle de la mise en possession, dans les rapports entre débiteur et créancier gagiste, et celui qu'elle joue vis-à-vis des tiers. Dans le premier cas, c'est une condition du nantissement, à l'accomplissement de laquelle le débiteur ne peut se soustraire. Dans le second, elle constitue une mesure de publicité, dont l'omission rend le contrat de gage inopposable aux tiers.

Les conséquences de cette double utilité de la mise en possession sont faciles à mettre en lumière. Supposons, au cas de gage sur créances, que le créancier gagiste n'ait pas été mis en possession du titre. Le donneur de garantie pourra-t-il invoquer cette absence de mise en possession comme une cause de nullité du contrat ? Dans le droit romain, la réponse n'était pas douteuse, puisqu'en l'absence de mise en possession la simple convention de gage ne créait entre les parties aucun lien de droit. Le débiteur gagiste était donc fondé à invoquer la nullité au même titre que les tiers eux-mêmes. Depuis le Code, il faut distinguer ; entre les parties, la mise en possession reste toujours nécessaire ; sans elle, le créancier gagiste ne sera pas tenu de restituer le gage à l'extinction de la dette, puisqu'il n'a rien reçu. Mais cela ne signifie aucunement que le débiteur puisse se prévaloir du retard mis par lui à livrer au créancier son titre, pour invoquer la nullité du contrat. Les tiers, au contraire, pourront en tout état de cause ne tenir aucun compte d'un nantissement, que la mise en possession ne leur aura pas rendu opposable.

Malheureusement, les décisions les plus récentes et les plus autorisées présentent, dans les deux sens, des exagérations manifestes. Deux arrêts de la Cour d'appel de Dijon du 4 juin 1897 (1) et de la Cour d'appel d'Orléans, 21 déc. 1894, refusent au débiteur le droit d'invoquer

(1) Dijon, 4 juin 1897, P. F. 98, 2, 273 et la note de M. Debrand

l'absence de mise en possession comme cause de nullité du contrat. Mais ils justifient l'un et l'autre leurs décisions par des motifs beaucoup trop absolus, puisque, à les entendre, la mise en possession ne serait exigée que dans les rapports du créancier avec les tiers ; or, nous avons reconnu au créancier le droit absolu de requérir du donneur de garantie la tradition du titre. Il est vrai que dans l'espèce de la Cour de Besançon, il s'agissait non point d'un contrat de gage à proprement parler, mais d'une promesse de gage. Mais cette distinction, rétablie par l'arrêtiste, n'est pas relevée dans les motifs de l'arrêt. A l'inverse, la Cour de cassation, 18 mai 1898 (1), sur pourvoi de l'arrêt de la Cour d'Orléans, admet le débiteur à se prévaloir de l'absence de mise en possession. C'est la restauration dans notre droit de l'antique conception du contrat réel, au sens romain du mot.

Il est étrange de voir que cette vieille idée suffit encore aujourd'hui à motiver des décisions de la Cour suprême. C'est un premier indice de la confusion qui règne en jurisprudence sur le rôle joué par la mise en possession et sur la nature même de cette formalité. Nous en relèverons bien d'autres au cours de cette étude.

I. — La remise du titre est nécessaire.

C'est de la mise en possession, instrument de publicité

(1) Cass. 18 mai 1898, S. 98, 1, 433 et la note de M. Lyon-Caen.

vis-à-vis des tiers, dont nous allons maintenant nous occuper, à l'exclusion de la mise en possession obligation de livrer. Elle consiste dans la remise du titre au créancier gagiste ou à un tiers convenu. Le créancier ainsi nanti du titre sera réputé nanti du droit de créance et se conformera ainsi aux art. 2076 C. civ. et 92 C. com.

Mais voici maintenant d'où vient toute la difficulté. La mise en possession, pour être efficace, pour être à l'égard des tiers une mesure de protection vraiment sérieuse, doit avoir un double caractère ; elle doit être notoire et exclusive. Notoire, c'est-à-dire se traduire aux yeux de tous par un acte matériel, par un geste ; — exclusive, c'est-à-dire déposséder le donneur de garantie et le mettre dans l'impossibilité d'utiliser une seconde fois le même élément de richesse pour se procurer un nouveau crédit.

Le titre remplit-il, à l'égard de la créance qu'il représente, ces deux conditions ? Pour être fixé sur ce point, il faut se rappeler ce qu'est le titre dans notre droit : un instrument de preuve et pas autre chose. Les art. 1315 et sqq., qui traitent de la preuve des obligations, l'envisagent à ce seul point de vue. Il s'ensuit que leur réglementation ne correspond aucunement au but que nous devons définir. Le titre n'est pas créé, en règle générale, pour servir d'effigie à la créance, pour en être la représentation adéquate, l'exacte contre-partie. Il est destiné à servir de preuve, ce qui est bien différent, et les conséquences de cette distinction sont faciles à apercevoir ; il y aura des cas où à une créance donnée ne correspondra aucun titre,

et dès lors la mise en possession notoire deviendra impossible, puisque la tradition du titre est le seul remède efficace à cette absence de notoriété du gage de créances ; il y en aura d'autres où plusieurs titres correspondront à une créance unique, et dès lors c'est la seconde qualité, l'exclusivisme, qui manquera à la mise en possession.

Il n'y a qu'une catégorie de titres, fort importante à la vérité, pour laquelle cette difficulté reste illusoire. Ce sont les titres de bourse, au porteur ou nominatifs, actions, obligations ou emprunts d'Etats. Pour ceux-là, l'instrument de preuve et la créance elle-même sont en rapports si étroits, que la tradition du titre au créancier gagiste remplira sans aucun doute les deux conditions de notoriété et d'exclusivisme, que nous sommes en droit d'exiger.

Mais les donneurs de garantie, les emprunteurs n'ont point toujours à leur disposition des valeurs de cette nature, sur lesquelles ils se fassent consentir des avances. D'autres créances, dont le titre n'a pas été rédigé en vue de permettre une transmission aisée et une circulation facile, forment un élément important de la composition des patrimoines. Pour ces dernières, un travail s'imposait à la jurisprudence ; il fallait exiger que le titre remplisse certaines conditions, déterminées par le rôle nouveau qu'il jouait dans la mise en gage, distinguer entre le titre instrument de preuve et le titre représentation du droit suffisante pour investir le créancier gagiste, montrer que les mêmes règles ne convenaient point à la preuve

d'une créance et à sa mise en gage, en un mot adapter le titre aux nouvelles fonctions que les nécessités économiques l'appelaient à remplir, construire par retouches successives une sorte de théorie du titre dans la mise en possession, dont l'interprète se fut borné ensuite à dégager les grandes lignes des circonstances de fait des espèces:

Hâtons-nous de dire que la jurisprudence n'a guère réussi, jusqu'ici, à mener à bien ce travail; néanmoins, on peut trouver, dans l'ensemble des jugements et des arrêts, tous les éléments d'une construction juridique.

Reprenons, en effet, les deux caractères fondamentaux de la mise en possession instrument de publicité; nous allons voir se grouper autour d'eux l'ensemble des décisions éparses dans les recueils d'arrêts. La mise en possession doit être notoire; il faut donc se demander par quel moyen on réalisera cette notoriété en l'absence de tout titre susceptible d'être remis au créancier gagiste; elle doit être exclusive, et à ce point de vue l'obstacle principal au fonctionnement normal de la mise en possession vient de la pluralité de titres pour une même créance.

*
* * *

1^o Créance sans titre. — Le titre est le signe notoire, l'effigie matérielle du droit incorporel donné en garantie. La mise en possession se traduisant par la remise du

titre au créancier gagiste, comment arrivera-t-on, en présence d'une créance sans titre, à réaliser cette condition indispensable à la validité du contrat de gage ? Sur ce point la réponse de la jurisprudence n'est pas douteuse : pas de gage de créances valable, sans remise du titre au créancier gagiste.

Pour retracer avec exactitude le développement de la jurisprudence à cet égard, il faut distinguer entre les diverses hypothèses sur lesquelles elle a eu à se prononcer. Elles ne présentent pas toutes le même caractère.

1° On peut tout d'abord se trouver en présence de créances pour lesquelles la remise du titre, s'il existait, serait le seul moyen de rendre public le nantissement ; il faut supposer pour cela que le débiteur de la créance donnée en garantie ne soit pas encore connu, et que le créancier gagiste se trouve en conséquence dans l'impossibilité de lui faire la signification prévue par l'art. 2075 C. civ. Dans ce cas la remise du titre serait donc la seule forme de publicité susceptible d'être employée éventuellement. C'est le cas d'une créance future, non encore individualisée dans un titre, sur laquelle on veut donner droit de préférence à un prêteur.

La jurisprudence décide et avec raison selon nous, que la mise en gage d'une pareille créance est impossible. A vrai dire, les décisions ne sont pas très fréquentes, mais il faut cependant en relever quelques-unes. Deux arrêts de la Cour de Paris, rendus le même jour, 2 février 1888,

ont eu à se prononcer sur une hypothèse de ce genre (1) ; des obligataires d'une ancienne compagnie de chemin de fer, absorbée depuis par une compagnie plus puissante qui avait pris à sa charge le service des obligations, réclamaient au syndic de la faillite de leur nouvelle débitrice, leur paiement par préférence sur les bénéfices du réseau de l'ancienne compagnie. En l'absence de toute délégation de recettes, ils réclamaient un 'droit de gage sur les sommes à provenir de l'exploitation de ce réseau. On se serait donc bien trouvé, au cas où leur réclamation eût été acceptée, en face d'un nantissement de créances futures dont les débiteurs, clients éventuels de la compagnie, étaient inconnus. La Cour de Paris repoussa cette prétention ; elle n'invoque pas, à l'appui de sa décision, l'impossibilité du gage sur choses futures ; et en effet, nous avons vu qu'un gage pareil, prévu pour certaines hypothèses par des textes légaux, était depuis longtemps admis par la jurisprudence. Elle se fonde uniquement sur l'absence de toute remise de titre qui aurait suivi ce prétendu nantissement. Les obligataires invoquaient bien le dépôt au rang des minutes d'un notaire, tiers convenu, de l'acte de concession de l'ancienne compagnie, accom-

(1) Cour de Paris, 2 février 1888 ; D. 89, 2, 165 et D. 89, 2, 163 ; syndic de la faillite de la C^{ie} du chemin de fer d'Orléans à Châlons c. Touzard et consorts. « Attendu que les actes » (actes sous seing privé, décret de concession et lettres au rang des minutes de M^e Dubost, notaire) « ne sauraient rentrer dans la catégorie de ceux prévus par l'art. 2075 C. civ., puisque le créancier gagiste ne saurait s'en aider utilement pour arriver à la réalisation du gage ».

pagné d'une lettre dans laquelle le président de la société actionnée reconnaissait abandonner aux obligataires toutes les recettes de l'ancien réseau. Mais ces deux pièces ne constituaient en aucune façon le titre représentatif de la créance future de l'entrepreneur de transport contre ses clients éventuels. Il y avait créance sans titre, donc pas de gage.

Même solution dans un jugement du tribunal de la Seine, 3 août 1901, espèce dans laquelle une société avait donné à ses obligataires ses recettes éventuelles en garantie (1). Ce nantissement est déclaré nul ; mais le jugement est motivé d'une façon très défectueuse, car il laisse croire que l'impossibilité de dessaisir le débiteur est inhérente à tout gage de choses futures. Et nous avons vu dans l'hypothèse de nantissement d'obligations non souscrites, des créances futures d'ores et déjà représentées par un titre. Le véritable motif de la nullité, l'absence de titre, n'est pas suffisamment mis en lumière.

Ces décisions, dira-t-on, sont regrettables, car elles interdisent la réalisation d'opérations extrêmement utiles en pratique. Gardons-nous cependant d'en exagérer l'importance ; rien ne sera plus facile que de suppléer à l'impossibilité du nantissement par une combinaison voisine,

(1) Trib. com. Seine, 3 août 1901 ; P. F. 1903, 2, 267 ; *Rev. trimestr. de dr. civ.*, 1904, p. 172 et note Demogue ; « Attendu que... si l'on peut donner valablement en gage des droits incorporels, il faut que ces droits soient existants, la validité du nantissement supposant le dessaisissement du débiteur, tel n'est pas le cas dans l'espèce, les choses cédées consistant en choses futures et éventuelles... »

cession ou délégation. Le résultat sera le même sans présenter pour les tiers un aussi gros danger.

Abordons maintenant l'hypothèse dans laquelle la mise en possession n'est pas la seule formalité possible pour la constitution du gage sur créance. La créance est complète, on en connaît le débiteur. La signification lui a été adressée, ou bien encore on l'a prié de procéder au transfert de garantie (1). Mais soit que le titre manque, soit qu'il n'ait pas été remis au créancier gagiste, la mise en possession n'a pas eu lieu. Dans ces conditions, la signification, le transfert suffisent-ils à rendre le privilège du créancier gagiste opposable aux tiers ? Ici encore la jurisprudence se montre intransigeante : le nantissement reste nul, tant que le titre n'a pas été remis entre les mains du créancier gagiste.

Une longue série d'arrêts vient à l'appui de cette affirmation. Ce sont d'abord des arrêts anciens de Cours d'appel. La Cour de Liège, 15 mai 1810 (2) refuse de sanctionner le gage d'une rente constituée dont le titre manque ; la Cour de Lyon, 31 janvier 1839 (3), s'appuie également sur l'absence de titre pour déclarer nul le nantissement de l'action existant au profit du mari commun contre sa

(1) Nous ne parlons pas ici de l'endossement de garantie, car l'apposition sur un titre de l'endos de garantie peut être considéré, en l'absence de toute mise en possession du créancier gagiste, comme constituant une mesure de publicité suffisante pour que le donneur de garantie soit tiers convenu au regard du créancier gagiste.

(2) Liège, 10 mai 1810, S. 1814, 2, 54.

(3) Lyon, 31 janvier 1839, D. 40, 2, 51.

femme, à raison des augmentations faites aux propres de celle-ci. Nulle part on ne songe à la signification pour suppléer au manque de titre.

Le 11 juin 1846, la Cour de cassation se trouve en présence de deux nantissements distincts, portant sur la créance d'une part successorale ab intestat de 29829 francs, dont une tierce personne avait l'usufruit (1). De ces deux nantissements, l'un avait été signifié à l'usufruitier débiteur de la créance engagée ; dans l'autre, le créancier gagiste s'était fait remettre l'acte de partage, croyant ainsi satisfaire aux prescriptions de l'art. 2076. La Cour annule les deux contrats, en se fondant sur l'absence de mise en possession, sans faire aucune différence entre le gage signifié et celui qui ne l'avait pas été. En effet, la créance résultant d'une succession ab intestat reste forcément une créance sans titre ; ni l'intitulé d'inventaire, ni l'état liquidatif, ni l'acte de partage, ne constituent un titre à proprement parler.

Longtemps après cette première décision, la Cour suprême eut à se prononcer sur une hypothèse plus nette ; un héritier avait de même donné en garantie ses droits successoraux, consistant en une créance contre l'administrateur judiciaire de la succession. Le contrat de gage avait été signifié à l'administrateur, et l'intitulé d'inventaire remis au créancier gagiste ; celui-ci se trouva par la suite en présence de cessionnaires de droits successifs, qui

(1) Cass., 11 juin 1846, S. 46, 1, 444.

invoquèrent l'absence de mise en possession pour arguer le contrat de gage de nullité. Le tribunal de la Seine avait repoussé leurs prétentions, en déclarant le gage conforme de tous points à l'art. 2075, puisqu'il y avait remise d'un titre au créancier gagiste et signification au débiteur de la créance engagée. La Cour de Paris, par une plus juste appréciation des choses, reconnaissait que l'intitulé d'inventaire ne constituait pas un titre suffisant, mais elle se contentait de la signification pour déclarer la publicité suffisante et le gage opposable aux tiers. En présence de ces deux décisions contradictoires, la Cour de cassation allait pouvoir nettement prendre parti; elle le fit en déniaut à la signification toute efficacité vis-à-vis des tiers et en annulant le gage pour manque de publicité; l'intitulé d'inventaire ne constituant pas le titre indispensable à la mise en possession, on se trouvait en présence d'une créance sans titre: donc pas de mise en gage possible (1),

Enfin, à quelque temps de là, le Tribunal de la Seine, en termes à peu près identiques à ceux que la Cour suprême avait employés en 1894, annulait le nantissement, consenti par un mineur devenu majeur, de la créance née à son profit contre le tuteur du fait de la gestion. De nouveau, le titulaire d'une créance sans titre se voyait refuser le droit de la donner en nantissement (2).

(1) Cass. civ., 19 février 1894; S. 94, 1, 273 et la note Lyon-Caen; P. F., 94, 1, 456. — Cf. cependant en sens contraire, Douai, 20 mai 1904, dans Rec. Douai, 1905, p. 43.

(2) Trib. civ. Seine, 30 juillet 1901. *Droit* du 7 février 1902.

Nous saisissons ainsi sur le vif le procédé dont la jurisprudence s'est servi pour faire de la remise du titre une formalité indispensable à la constitution du gage. L'art. 2075 ne faisait aucune allusion à la manière dont un prêteur sur créance pourrait être nanti de sa garantie. On conçoit, dans ce silence de la loi, une jurisprudence donnant à la pratique le choix entre divers moyens d'effectuer la mise en possession. La remise du titre serait restée le plus commode de tout, mais l'efficacité de la signification et du transfert de garantie à cet égard aurait été jugée équivalente. On conçoit d'autant mieux un pareil système qu'il existe dans une jurisprudence très voisine de la nôtre. La jurisprudence belge (1), en effet, ne considère pas la remise du titre comme le procédé indispensable de la mise en possession ; entre autres décisions intéressantes à cet égard, se trouve un arrêt particulièrement net de la Cour de cassation belge du 3 décembre 1896, relatif à la mise en gage de parts d'intérêt dans une société de charbonnages, parts représentées par une simple mention sur le registre de la société ; ces parts d'intérêt non individualisées constituaient sans aucun doute des créances sans titre ; la Cour aurait pu en déduire l'impossibilité d'une mise en possession effective et apparente. Ce n'est pas ce qu'elle fit et elle reconnut à la simple mention de la mise en gage faite sur le registre de la société le pou-

(1) Cass. belge, 3 déc. 1896, S. 98, 2, 162 et la note ; Cass. belge, 26 déc. 1850, *Jur. de Belg.*, 1851, 1, 329 ; Cass. belge, 1^{er} juin 1876, *Pas.*, 1878, 1, 279 ; C. de Bruxelles, 6 déc. 1877, *Pas.*, 78, 2, 36.

voir de saisir le créancier gagiste par l'entremise de la société elle-même.

Dans la jurisprudence française, rien de pareil ; pour elle, mise en possession efficace, c'est-à-dire mise en possession effective et apparente, et remise du titre sont synonymes. L'idée fondamentale de son système consiste à ne pas considérer la publicité de la mise en possession comme réalisée tant qu'un fait matériel, un transfert d'objet corporel n'a pas eu lieu entre débiteur et créancier du nantissement. Donc, tant que la remise du titre, effigie matérielle de la créance incorporelle, manquera, la mise en possession sera impossible et avec elle le nantissement.

Mais en revanche, dès que la remise du titre existe, toutes les difficultés tombent du même coup. Reprenons en effet les deux hypothèses dans lesquelles nous avons vu que la jurisprudence française concluait de l'absence du titre à l'impossibilité du gage ; et, en les modifiant un peu, nous aboutirons à une conclusion différente.

En matière de droits successoraux, nous avons vu que la créance née d'une vocation héréditaire ab intestat ne s'incarnait ni dans l'intitulé d'inventaire ni dans l'état liquidatif. Il n'existe donc pas de titre de la créance née d'une vocation héréditaire ab intestat. Mais en cas de succession testamentaire, il n'en irait plus de même ; et M. Lyon-Caen, tirant de l'arrêt du 19 février 1894 les conséquences qu'il comporte, indiquait déjà que dans cette hypothèse, le testament constituait pour l'héritier un titre

suffisant pour procéder à une mise en possession efficace. Depuis, la jurisprudence a su utiliser cette distinction, non pas à vrai dire pour des droits successoraux proprement dits, mais pour la créance résultant d'un legs ; et l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1904 (1), en décidant que le nantissement d'une pareille créance comportait la remise au créancier gagiste d'une expédition du testament, dégageait le second terme d'une alternative dont l'arrêt de 1894 avait posé le premier.

De même, le nantissement d'actions ou de parts d'intérêt non individualisées ne reste pas impossible, en l'absence de tous titres nominatifs ou au porteur qui en soient la représentation. Sans admettre, comme la Cour suprême de Belgique, la mise en possession par l'entremise de la société débitrice, il faut reconnaître que le donneur de garantie peut quand même avoir entre les mains le titre indispensable à la réalisation du nantissement. Ce sera le plus souvent l'exemplaire du pacte social qu'il détient, et la remise de cet exemplaire équivaut à la remise globale de tous les titres d'actions ou de parts d'intérêts qu'il possède. C'est ce que décide, sinon un arrêt de cassation du 27 déc. 1904 (2), qui ne s'est pas prononcé sur ce point, tout au moins un arrêt de la Cour d'appel de Caen du 14 avril 1902 (3), rendu dans la même

(1) Cass., 19 juin 1904, *Gaz. Pal.*, 1904, 2, 163, et *S.* 1904, 1, 163.

(2) Cass. civ., 27 déc. 1904. *D.* 1906, 1, 145.

(3) Caen, 14 avril 1902. *Rec. du Havre*, 1902, 2, 199 et *Gaz. Pal.*, 1903, T. Q. V^o *Nant.*, n^o 6.

affaire. La solution d'ailleurs est en parfaite harmonie avec les principes posés par la Cour de cassation ; mais elle offre, en pratique, un grave inconvénient. L'exemple du pacte social, en effet, représente toutes les parts d'intérêts appartenant à un même individu. Celui-ci doit donc renoncer à détailler la mise en gage des créances distinctes que représentent ces parts ; le défaut d'individualisation ne le lui permet pas ; il épuise du premier coup toute la valeur de son gage.

Ainsi le système de la Cour de cassation, sur ce point spécial de la créance sans titre, se résume en une rigoureuse alternative : ou le titre a été remis, et la créance est susceptible de nantissement ; ou bien la remise n'a pas eu lieu, et le nantissement devient impossible, parce que la mise en possession se trouve sans objet. Cette publicité par le titre ne soulèverait pas de trop graves objections pratiques, si elle remplissait le but de protection des tiers, auquel elle vise ; mais sans reprendre ici les critiques de fond que lui adressent de bons auteurs, nous devons examiner si elle suffit, au cas de pluralité de titres, à protéger les intérêts, dont la jurisprudence semble prendre la garde avec tant de sollicitude.

* * *

2° Pluralité de titres. — C'est la question inverse de la précédente ; s'il arrive assez fréquemment qu'une créance ne soit constatée par aucun titre, il n'est pas plus

rare qu'à une même créance correspondent plusieurs titres différents. On se heurte alors à un autre genre de difficulté ; la principale raison de l'efficacité de la remise du titre pour la protection des tiers, réside, en effet, dans le dessaisissement du titulaire de la créance, dans l'impossibilité où il se trouve désormais de faire croire, par la production de l'instrument, de l'élément de preuve, à la libre disposition du droit. Or, ce dessaisissement du donneur de garantie, cette affectation exclusive de la créance ne se produisent plus au cas de pluralité de titres. Les tiers, qui se proposent de consentir un prêt ou une avance sur titres, ne sauront jamais jusqu'à quel point le gage proposé sera efficace. Autant d'exemplaires du titre, autant de dupes éventuelles à la merci du titulaire de la créance primitivement engagée.

Cependant fallait-il en déduire l'impossibilité du nantissement des créances constatées par plusieurs titres, ou tout au moins l'inefficacité de la remise du titre en pareil cas ? La jurisprudence, en cette circonstance, n'a pas cru devoir modifier son procédé de mise en possession ; mais avant d'apprécier la valeur de cette logique, il faut être fixé sur l'importance de la question, dénombrer les cas dans lesquels il y a vraiment pluralité de titres.

Chose curieuse, en présence d'hypothèses si manifestement défavorables à l'efficacité de la mise en possession par tradition du titre, la jurisprudence n'a pas cherché à en diminuer la fréquence. Bien au contraire, elle rattache souvent à une créance unique des titres qui représentent

en réalité des droits essentiellement divers : méthode d'autant plus maladroite, d'autant plus condamnable, que le meilleur palliatif aux inconvénients de la pluralité de titres consisterait à passer au crible de la critique la plus serrée les cas où il y a vraiment une difficulté de cette nature, à tenter, comme nous allons le faire et comme c'est possible, de supprimer partiellement la difficulté avant de la résoudre.

A feuilletter les recueils d'arrêts, il semblerait, en effet, que ces cas soient fréquents dans la pratique ; tantôt la pluralité de titres y résulte du mode de constatation de la créance ; par exemple, la créance est constatée par acte notarié rédigé en minute, dont il existe une grosse et plusieurs expéditions ; ou encore elle résulte d'un testament authentique. Tantôt la pluralité de titres provient de l'indisponibilité ou de l'immobilisation du titre unique primitif, qui prive le créancier de son usage et l'oblige à se servir d'un duplicata, d'une sorte de titre de remplacement ; par exemple, le titre a été déposé dans une banque en échange d'un récépissé de dépôt ; ou bien c'est le cas du certificat d'actions d'apport pendant la période biennale qui précède leur négociabilité ; ou encore il s'agit du récépissé de conversion délivré soit à un porteur d'emprunt d'Etat, soit à un porteur d'obligations pour l'estampillage, l'adhésion à un *convenio*, etc., ou enfin du certificat nominatif d'actions au porteur, délivré par l'établissement lui-même débiteur de ses propres actions, conformément au décret du 23 juin 1879.

La jurisprudence applique à ces deux groupes de titres, créances notariées et récépissés de dépôt, un raisonnement à peu près identique ; en réalité pourtant, il n'y a entre eux aucune commune mesure. Le nantissement par remise d'une simple expédition d'une créance notariée et le nantissement par remise d'un récépissé de dépôt ne se ressemblent nullement ; examinons-les l'un après l'autre :

1. *Nantissement d'une créance notariée par remise d'une expédition.* — A plusieurs reprises la Cour de cassation a eu à juger la validité du nantissement d'une créance constatée par acte notarié, constitué par remise d'une simple expédition (1). Pour elle, cette validité ne fait pas de doute ; le créancier gagiste, nanti de l'expédition, a un droit de préférence opposable aux tiers.

Cependant certains auteurs proposaient un moyen en apparence très simple d'éviter, dans ce cas, les fâcheux résultats de la pluralité de titres ; c'était d'exiger la remise de la grosse elle-même au créancier gagiste ou à un tiers convenu (2). Le notaire ne délivre de la grosse qu'un exemplaire ; la mise en possession aurait donc ce caractère notoire et exclusif, qui paraît si difficile à obtenir.

Le raisonnement, malgré tout, n'est guère efficace, et

(1) Cass. civ., 20 janv. 1886, dans S. 86, 1, 305 et la note de M. Lyon-Caen ; Req., 13 mars 1888. D. 88, 1, 351 ; S. 88, 1, 302. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 281 ; de Loynes, I, p. 67.

(2) Dans ce sens, Liège, 11 déc. 1859, Cas. belge, 60. 2, 133 ; Trib. Seine, 17 mars 1887, D. P. 88, 2, 255.

M. Lyon-Caen a très bien justifié le dédain que manifeste pour lui la jurisprudence. Il revient à dire que la grosse constitue le vrai titre de la créance ; la seule remise de la grosse satisferait aux prescriptions de l'art. 2075 C. civ.

Or, sans doute, la grosse est bien le titre exécutoire, elle est revêtue de la formule qui manque aux expéditions. Mais les expéditions n'en restent pas moins des titres, au sens courant du mot. Ce serait ajouter aux conditions ordinaires que d'exiger, dans ce cas, la remise du titre exécutoire ; l'expédition d'un acte notarié, d'un jugement, etc., prouve la créance contenue, aussi bien que la grosse ou l'original eux-mêmes. L'expédition est donc un titre au sens ordinaire du mot (1).

D'ailleurs, la grosse n'a pas toujours cette qualité essentielle d'unicité, qui est le principal argument invoqué pour justifier son emploi exclusif au cas de constitution de gage. Le créancier peut s'en procurer facilement de nouveaux exemplaires : 1° il adresse dans ce but une requête au président du tribunal civil, et celui-ci, par voie d'ordonnance autorise le notaire à délivrer la nouvelle grosse. Sans doute, dans ce cas, mention est faite au bas du second titre de l'ordonnance du président ; les tiers, pourrait-on dire, seront avertis de l'existence d'un autre exemplaire et prendront leurs précautions en conséquence. A notre avis, il n'y a rien dans cette mention qui ressemble à une publicité efficace ; le porteur de la

(1) Cf. dans ce sens la note de M. Lyon-Caen, sous Cass., 20 janvier 1886, dans S. 86, 1, 305.

grosse n'aura qu'à répondre aux demandes d'explications en disant qu'il a égaré ou détruit le premier exemplaire, et les tiers n'auront aucun moyen de contrôler ses dires ; 2° enfin et plus simplement il suffit du consentement du débiteur, pour que le créancier puisse exiger du notaire un deuxième exemplaire ; les tiers sont donc en réalité à la merci d'une collusion frauduleuse, toujours possible entre le débiteur et le créancier de la créance donnée en nantissement.

En fin de compte la jurisprudence n'aurait rien gagné à exiger la remise de la grosse ; la pluralité reste un défaut commun aux deux sortes de titres.

2° *Nantissement par remise d'un récépissé de dépôt.* — Il en va tout autrement pour le récépissé de dépôt, et nous allons voir que, dans ce cas, la jurisprudence n'avait plus les mêmes raisons de conclure à la pluralité de titres. Nous prenons l'expression de « récépissé de dépôt » dans son sens le plus large, pour indiquer toutes les hypothèses, dont nous avons énuméré plus haut les principales, dans lesquelles un titre de bourse se trouve remplacé, entre les mains du propriétaire, par un récépissé ou certificat destiné à en tenir lieu jusqu'à la restitution du titre primitif.

Que décider si ce propriétaire, sans attendre d'avoir recouvré la libre disposition du titre primitif, remet à un créancier en garantie d'avances le récépissé de dépôt ? La jurisprudence y voit la mise en gage de la créance représentée par le titre primitif déposé entre les mains d'un tiers ; la remise du récépissé de dépôt équivaut à

la remise de l'action ou de l'obligation elle-même. Le récépissé ne serait donc pas un titre de créance distinct du titre déposé, il n'en serait que le duplicata ; aussi n'aurait-on aucun intérêt à distinguer la remise du récépissé de la remise du titre lui-même. Nous nous trouverions de nouveau en présence d'un cas de pluralité de titres pour une même créance (1).

Cette théorie de l'identification du récépissé de dépôt, avec le titre auquel il correspond, n'a pas tardé à soulever de nombreuses critiques ; M. Ambroise Colin (2), M. Hémar (3) en ont dénoncé les vices ; ils ont fait remarquer avec raison, que l'analyse juridique du récépissé de dépôt ne permettait point de l'assimiler au titre primitif. Reprenons à cet effet les arguments de la jurisprudence.

La théorie de l'identification, dans son sens le plus absolu, n'a guère été soutenue que par quelques arrêts de Cours d'appel, dont le plus connu est un arrêt de la Cour d'Aix, du 13 novembre 1889 (4). Les titres, dont il s'agissait dans cette espèce, avaient fait l'objet de deux dépôts successifs ; le propriétaire les avait d'abord remis à un intermédiaire pour les faire convertir, et celui-ci, à

(1) Cf. sur le récépissé de dépôt : *Rep. Carpentier*, v^o Banques d'émission, n^o 309. — Bezard-Falgas, *Contentieux des transferts d'actions et d'oblig. nominatives*, p. 17. — Hémar, *Du gage commercial constitué par l'intermédiaire d'un tiers*, dans *Ann. de dr. com.*, 1902, p. 101. — Cosack, *Tr. de dr. com.*, traduction Mis, II, § 64.

(2) En note sous Aix, 13 nov. 1889, dans D. 99, 2, 153.

(3) Hémar, *Op cit.*, p. 110 et sqq.

(4) Aix, 13 nov. 1889, dans S. 90, 2, 17, et note Naquet, D. 99, 2, 153 et la note de M. Ambroise Colin.

son tour les avait remis à l'établissement chargé de la conversion en échange d'un récépissé délivré à son nom ; puis, gardant ce récépissé rédigé à son nom, il l'avait utilisé comme titre de garantie d'une avance de fonds à lui consentie. La Cour repousse la revendication du propriétaire qui réclamait non point le récépissé mais les titres eux-mêmes, et elle décide que ces titres seront attribués au créancier gagiste de l'intermédiaire. Ainsi la remise du récépissé à ce créancier avait suffi pour le nantir des titres eux-mêmes ; désormais leur forme au porteur lui assurait la protection de l'art. 2279 contre la revendication du légitime propriétaire. La Cour proclamait ainsi l'identification du titre et du récépissé, sans d'ailleurs pousser jusqu'à ses limites la logique de cette assimilation, car elle prenait soin d'invoquer la rédaction nominative du récépissé pour en déduire la bonne foi du créancier gagiste. Il aurait fallu au contraire décider que récépissé et titre devaient toujours avoir la même forme, le récépissé d'un titre au porteur aurait du être au porteur ; on ne peut en effet, transformer un titre au porteur en un titre nominatif autrement que par les voies légales.

Sur pourvoi, la Cour de cassation (1) ne maintint pas la solution de la Cour d'Aix ; elle se refusait donc à reconnaître l'identification absolue du récépissé avec les titres auxquels il correspond, mais en se basant uniquement sur l'absence dans le récépissé de toute mention des

(1) Cass., 24 juin 1891, S. 91, 1, 333.

numéros des titres déposés. En raisonnant a contrario, on était donc en droit d'en conclure la légitimité de l'assimilation, au cas où le récépissé eut indiqué par leurs numéros les titres en question ; et d'ailleurs d'autres décisions, complétant sur ce point le raisonnement ébauché par la Cour de cassation, ne tardèrent pas à proclamer l'identité du récépissé contenant les numéros des titres déposés, avec ces titres eux-mêmes, pour la mise en possession. Bref, c'est aujourd'hui l'opinion courante en jurisprudence que le récépissé de dépôt, pour être l'équivalent des titres eux-mêmes, doit les individualiser, les spécifier par leur signe distinctif, le numéro (1).

La jurisprudence, d'ailleurs, n'applique pas seulement sa théorie de la spécification au récépissé de dépôt délivré par une banque en échange des titres confiés à sa garde. On trouve bien d'autres hypothèses dans lesquelles un titre est remplacé, entre les mains du titulaire, par un certificat de nature différente. Ainsi les actions d'apport ne sont négociables que deux ans après la constitution de la société ; ou encore il peut être convenu dans les statuts, que les actions, qu'elles représentent ou non des apports, resteront à la souche pendant un certain temps ; cette clause a pour but d'éviter l'agiotage, que provoque l'apparition en bourse de certaines catégories de valeurs, les valeurs minières par exemple. Dans ces deux cas, les

(1) Trib. com. Seine, 18 mars 1899 ; Cass., 24 fév. 1903 ; *Dr. fin.*, 1903, p. 145 ; Paris, 21 juin 1893, D. 93, 2, 470 ; Trib. civ. Seine, 3 juil. 1906, dans *Gaz. Pal.*, 21 déc. 1906.

actions immobilisées restent à la souche ; on ne les en détache pas pour les remettre au titulaire, qui possède seulement un récépissé ou certificat de propriété. En conséquence, la jurisprudence décide que la remise du récépissé au créancier gagiste suffira à lui donner un droit de préférence sur les titres eux-mêmes.

Que vaut, en matière de gage, cette théorie de la spécification, substituée, par la Cour suprême, au système de l'identification pure et simple ? On aperçoit tout de suite sur quel fondement juridique elle repose. Le récépissé de dépôt mentionnera-t-il le numéro des titres ? Il donnera au déposant le droit de réclamer ces mêmes coupures remises par lui au dépositaire. Au contraire, le même récépissé ne mentionnera-t-il que le nombre et la nature des titres déposés ? Le déposant n'aura plus droit qu'à la restitution de pareil nombre de titres semblables. Dans le premier cas, le dépositaire ne peut ni vendre les titres, ni en disposer de quelque façon que ce soit ; dans le second cas, il est le maître d'en disposer à sa guise, à charge par lui de s'en procurer de semblables en Bourse pour les restituer le jour de l'échéance. C'est la distinction entre le dépôt irrégulier de choses de genre et le dépôt ordinaire de corps certains.

Il faut bien reconnaître que tout un faisceau d'analogies pousse la jurisprudence à appliquer cette distinction à la matière du nantissement. La fréquence de plus en plus grande des dépôts de titres en banque, les facilités que trouvent les porteurs à confier à de tierces personnes le

manièrement de leurs valeurs, les garanties très larges qu'offrent les établissements spécialisés dans ce genre d'opérations, rendent de plus en plus courant l'usage du récépissé remplaçant le titre lui-même. De là la multiplicité des hypothèses dans lesquelles les tribunaux ont eu à se prononcer sur la nature juridique du récépissé de dépôt ; et nous allons voir qu'en toutes occasions la mention du numéro forme pour eux la condition indispensable de l'assimilation du récépissé avec le titre auquel il correspond.

La question s'est posée pour la première fois devant la Cour de cassation en droit pénal, à propos de l'abus de confiance, dans le fameux procès Mirès. Mirès consentait à ses clients des avances sur dépôt de titres en garantie ; à un moment donné, n'ayant pu restituer les valeurs déposées dans ses caisses, il fut poursuivi conformément à l'art. 408 du Code pénal pour détournement d'objets remis, non point à titre de nantissement, car les poursuites étaient antérieures à la réforme de 1863, mais à titre de dépôt. Or, les récépissés délivrés par Mirès ne contenaient jamais aucune indication du numéro des titres ; la Cour de Douai, sur renvoi de la Cour de cassation, en avait conclu la possibilité pour Mirès de disposer des titres sans commettre aucun délit. Cette décision fut mise à néant sur pourvoi dans l'intérêt de la loi, et à juste titre (1). En

(1) C. pour le procès Mirès, les divers arrêts rapportés dans D. 62. 1, 305. — Pour une distinction analogue en matière civile, Cf. Trib. civ. Seine, 7 déc. 1898. *Dr. fin.*, 88, p. 18. — *Causes célèbres de tous les peuples*, par Fouquier, t. III.

effet, la distinction entre deux sortes de récépissés, entre deux sortes de dépôt ne modifie en aucune façon l'application de l'art. 408 C. pénal ; elle reviendrait à dire que l'abus de confiance n'a jamais lieu au cas d'obligation de genre. Or, la jurisprudence, depuis longtemps, a renoncé à cette distinction que l'art. 408 ne fait pas ; toute la différence entre obligations de genre et obligations de corps certains en matière d'abus de confiance réside dans le mode de constatation du délit (1). L'abus de confiance de corps certains existe dès que le débiteur aliène l'objet confié à sa garde ; au contraire, l'abus de confiance de choses de genre ne peut être constaté qu'à l'échéance, lorsque le débiteur se trouve dans l'impossibilité de restituer les sommes ou les valeurs déposées. Ainsi, la théorie de la spécification eut en droit pénal une courte carrière ; cependant, il était utile de signaler le rôle qu'elle y a joué, car c'est la première fois que la jurisprudence avait l'occasion de s'occuper des mentions du récépissé de dépôt.

En revanche, en droit civil et commercial, cette théorie a reçu des applications nombreuses :

1^o Pour l'admission aux assemblées de sociétés, une clause, devenue de style dans les convocations d'actionnaires, les avertit qu'au lieu de déposer leurs titres au siège social, ils pourront se contenter d'y envoyer un récé-

(1) Garraud, *Traité de dr. pénal.*, t. V, p. 650. — Cass., 29 novembre 1866, Bull. n^o 248 ; Cass., 28 sept. 1867, S. 68, 1, 139, 14 mai 1875, S. 75, 1, 383. — *Rep. Carpentier*, v^o Abus de confiance. n^o 231 et sqq.

pissé de dépôt mentionnant le numéro de leurs actions (1) ;

2° Pour les valeurs données en report, il suffit de donner au reporteur un récépissé mentionnant le numéro ; la livraison des titres se fait à la liquidation (2) ;

3° Enfin, au cas de vente de titres déposés dans une banque ou à la chambre syndicale des agents de change, on n'exige pas non plus du vendeur qu'il retire lui-même les valeurs pour les donner à l'acheteur ; l'obligation de livraison est considérée comme parfaite par le vendeur, lorsqu'il a remis à l'acheteur son récépissé de dépôt (3).

Malgré l'autorité que paraît leur donner une concorde quasi-unanime, nous ne croyons pas que ces décisions suffisent à motiver l'assimilation du récépissé contenant les numéros des titres avec les titres eux-mêmes, en matière de gage.

Remarquons tout d'abord que ce récépissé et le titre déposé, ne représentent point une seule et même créance. M. Hémard (4) a fort bien dénoncé le sophisme de la jurisprudence sur ce point ; le titre représente la créance du déposant contre le tiers débiteur, qui a émis les coupures ; le récépissé représente la créance du déposant

(1) Trib. com. Marseille, 23 déc. 1885, dans *Rev. des Soc.*, 1886, p. 515.

(2) Dijon, 30 août 1882 ; Lyon, 7 juin 1883 ; *Gaz. Trib.*, 14 octobre 1883 ; Trib. Seine, 11 août 1870, S. 72, 2, 58.

(3) Paris, 6 juillet 1892, S. 93, 2, 235.

(4) Hémard, *Du Gage commercial constitué par l'intermédiaire d'un tiers*, *Ann. de dr. commercial*, 1902 p. 101 et sqq.

contre le dépositaire. Sans doute le plus souvent les deux créances se confondent, car l'objet de la créance de dépôt n'est pas autre chose que la remise du titre de la créance primitive. Mais cette équivalence des deux droits est purement éventuelle; au cas de vol, de détournement commis par un employé, de destruction, la concordance n'existe plus et le déposant n'obtiendra plus que le remboursement de la somme que représentaient les valeurs disparues, à titre de dommages-intérêts. L'identité juridique des deux titres que la jurisprudence proclamait, se résume donc en une simple concordance de fait entre les deux obligations. Et l'influence de cette considération de fait se manifeste par le soin avec lequel un grand nombre d'arrêts mentionnent la notoriété et la solvabilité des établissements qui ont délivré le récépissé. Pour la Banque de France, par exemple, un article des statuts assimile complètement le récépissé au titre déposé, pour toutes les opérations faites avec les diverses succursales. De même les récépissés délivrés par la Chambre syndicale des agents de change ou par les grands établissements de crédit, donnent toute sécurité au déposant. Mais cette circonstance de fait reste sans influence sur la solution juridique du problème.

Dans ces conditions, que vaut la remise du récépissé, considérée comme mesure de publicité et de protection pour les tiers ? A cet égard, pour que l'assimilation reposât sur une base sérieuse, il faudrait que le retrait des valeurs déposées ne put s'effectuer autrement que contre remise du récé-

pissé au dépositaire. Or les règles du dépôt s'opposent à une pareille exigence, que les tribunaux se sont bien gardés d'admettre. Le récépissé peut toujours être annulé par une autre pièce de décharge. Sans doute il contient, parmi les mentions imprimées, une clause prescrivant la remise obligatoire contre restitution des titres y afférents. Mais cette clause, directement contraire à l'art. 1944, C. civ., reste sans effet; car l'art. 1944 a eu soin de n'admettre, comme refus légitime de restituer le dépôt, que l'existence d'une saisie-arrêt ou d'une opposition (1).

Que devient alors la sécurité des tiers? Le débiteur gagiste s'adressera au dépositaire, qui ignore la mise en gage du récépissé; il retirera les titres en signant une quittance de décharge, et il pourra ensuite présenter à des tiers ces titres, dont rien ne viendra révéler l'affectation antérieure. Dès lors, que le certificat de dépôt mentionne ou non les numéros, peu importe, puisque les tiers sont toujours sacrifiés.

Nous sommes donc conduits à reconnaître que l'assimilation du récépissé et du titre en matière de gage ne donne pas aux tiers la protection à laquelle ils ont droit.

Quant à la mention des numéros, si soigneusement relevée par un grand nombre de décisions judiciaires, elle n'établit nullement une concordance plus grande, un rap-

(1) Trib. com. Lille, 10 août 1903, D. 1904, 2, 206. « Attendu que la formule du récépissé imprimé produit n'a pas la portée qui lui est attribuée, . . . qu'elle prescrit la remise du récépissé contre restitution des titres y afférents, sans exclure tout autre mode de décharge. »

port plus étroit entre le récépissé et les titres déposés. Le numéro n'équivaut pas à une sorte de marque de propriété apposée sur le titre. La mention qui en est faite dans une colonne spéciale du récépissé n'offre d'intérêt qu'*inter partes*, dans les relations entre déposant et dépositaire. Si l'on se bornait à spécifier le nombre et la nature des titres, à dire par exemple : « Dix Nord, dix Suez, dix Crédit Mobilier », l'obligation du dépositaire serait une obligation de genre, et l'on voit tout de suite la perte qui pourrait en résulter pour le déposant, au cas où le dépôt consisterait en valeurs à lots ou à prime. La désignation du numéro donne du titre un signalement précis : l'obligation du dépositaire devient une obligation de corps certain. De même, dans les relations entre vendeur et acheteur de titres, le transfert de propriété est réputé accompli le jour où l'acheteur a pris connaissance des numéros des titres (1).

Faut-il en conclure l'impossibilité de mettre en gage un récépissé ? Nullement ; il suffit d'abandonner la chimère de la pluralité de titres pour une créance unique. Comme l'a montré M. Hémar, la mise en gage du récépissé porte, dans ce cas, non point sur la créance représentée par le titre déposé, mais sur la créance de restitution du déposant contre le dépositaire. La distinction offre un intérêt capital, car les formes du nantissement ne sont plus les mêmes ; la créance de restitution est le plus souvent une

(1) Paris, 18 avril 1902 ; *Gaz. Pal.*, 24 oct. 1905, et *Ann. dr. com.*, 1906, 2, 30.

créance à personne dénommée ; par conséquent, aux termes de l'art. 2075 C. civ. et 91 § 4 C. com., il faudra signifier au dépositaire l'acte de gage, toutes les fois que le récépissé sera à personne dénommée au lieu d'être au porteur ou à ordre.

Résumons-nous : de toutes les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence avait cru reconnaître la pluralité de titres, une seule résiste à l'analyse : c'est celle du nantissement d'une créance constatée par acte notarié rédigé en minute. Cette créance est constatée par plusieurs exemplaires du même titre, tous parfaitement suffisants à assurer au créancier gagiste qui en sera porteur un droit de préférence indiscutable ; d'où conflits possibles entre ces créanciers, pour peu que le donneur de garantie soit de mauvaise foi. C'est une difficulté très analogue à celle que soulève la pluralité d'exemplaires d'un même connaissance. Sans doute, dans ce cas, il semble bien qu'il s'agit du gage des marchandises choses corporelles, dont la remise au transporteur est constatée par le connaissance. Mais la remise de ce connaissance étant considérée comme donnant au créancier la possession des marchandises elles-mêmes, c'est un problème de la pluralité de titres qui se pose à l'interprète.

En l'absence de toute réglementation légale, on est obligé d'abandonner au hasard le soin de fixer le rang entre créanciers. L'intervention législative serait le seul moyen de sortir de cet empirisme. En attendant qu'elle se produise, on ne peut que constater les graves inconvénients pratiques de la pluralité de titres.

*
* * *

MISE EN POSSESSION PAR L'INTERMÉDIAIRE
D'UN TIERS CONVENU

Nous avons jusqu'ici étudié la mise en possession dans le contrat de gage, en supposant la remise du titre faite directement au créancier gagiste par le donneur de garantie. C'est l'aspect le plus simple de la question. La mise en possession par l'intermédiaire d'un tiers convenu soulève de nouvelles difficultés (1).

L'intervention du tiers convenu dans un contrat de gage est très fréquente en pratique ; il arrive constamment que le débiteur gagiste n'a pas entre les mains l'objet de la garantie. Loin de paralyser le développement du crédit, cette forme particulière de nantissement offre au contraire aux emprunteurs des avantages certains ; elle leur permet d'affecter successivement le même objet à la garantie de plusieurs dettes différentes. Aussi le tiers convenu joue-t-il dans le gage moderne un rôle prépondérant. En ce qui concerne les objets mobiliers, marchandises, récoltes, etc., le gage par tiers convenu est soumis à plusieurs réglementations spéciales (2). En effet, il offre le précieux avantage de localiser le meuble corporel, de lui donner

(1) Cf. Hémar, *op. cit.*, dans *Ann. de dr. comm.* 1902.

(2) Lois du 28 mai 1858 sur les magasins généraux, des 24 juin-5 juillet sur les banques coloniales, du 25 juillet 1891 sur les Monts-de-Piété du 18 juillet 1891 sur les warrants agricoles, etc.

une assiette fixe, de permettre en conséquence l'établissement d'un système de crédit, dont les avantages semblaient jusqu'ici réservés au régime hypothécaire.

Malheureusement, rien de pareil n'existe pour le gage des créances, des titres de crédit. On en est réduit sur ce point à la très brève mention que font les art. 2076 et 92 C. com. du tiers convenu. Aussi la jurisprudence présente-t-elle sur ce point une confusion d'autant plus regrettable, que la doctrine éprouve les plus grandes peines à y remédier. Nous allons essayer de fixer quelques principes généraux en examinant successivement quelles personnes peuvent être tiers convenus, comment se produit leur adhésion au contrat, et en second lieu quelle publicité est nécessaire pour rendre cette adhésion opposable aux tiers.

A. — Qui peut être tiers convenu ?

α. — Le tiers convenu est le plus souvent une personne étrangère au contrat de gage ; c'est-à-dire une personne autre que le créancier gagiste et le donneur de garantie(1).

Le tiers convenu est volontaire ou imposé par les circonstances. Le cas le plus fréquent de tiers convenu volontaire résulte du dépôt de titres en banque. L'établissement

(1) Carp., *Rep.* v^o Gage, n^o 311 et 199 ; Paris, 12 janv., 1896, S. 50, 3, 566 ; Douai, 26 janv. 1893, S. 93, 2, 233 ; Cass., 3 août 1896, P. F. 98, 1, 212 ; S. 97, 1, 209 ; S. 97, 1, 85.

dépositaire est un tiers convenu volontaire. Mais sa volonté de détenir pour le compte du créancier gagiste, au lieu de détenir pour le compte du déposant, peut être réelle ou présumée.

En cas de volonté exprimée, pas de difficulté ; le dépositaire devient tiers convenu, et le créancier gagiste aura contre lui l'action née du contrat de dépôt. Mais la présomption de volonté soulève un problème délicat : résulte-t-elle de la simple remise du récépissé au créancier gagiste, en dehors de tout avertissement adressé à l'établissement dépositaire ? La jurisprudence, qui admet l'identification du récépissé avec les titres déposés, admet à plus forte raison dans ce cas, la présomption de volonté. Cette solution est manifestement exagérée ; l'établissement débiteur, qui ignore la remise du récépissé au créancier gagiste, peut quand même être contraint par le donneur de garantie de restituer les titres, en échange d'une autre pièce de décharge. Il ne saurait donc être responsable envers le créancier gagiste de cette restitution, puisqu'il ne détient pas pour son compte (1).

Tout au plus peut-on admettre le créancier gagiste à prouver sur ce point la mauvaise foi du dépositaire, qui aurait connu l'existence du privilège et n'aurait rien fait

(1) Cf. sur les conventions conclues avec les banques pour la conservation des valeurs mobilières une thèse portant ce titre, Deschamps, Paris, 1905. Le banquier locateur de coffres-forts n'est point dépositaire des titres qui y sont renfermés, on ne saurait donc le considérer comme un tiers convenu.

pour le sauvegarder. C'est une question de fait, que le juge du fond tranchera souverainement.

En tout cas, en l'absence de toute volonté, réelle ou présumée, l'établissement dépositaire ne sera pas à proprement parler un tiers convenu. Il n'est aucunement responsable, envers le créancier gagiste, de la conservation des titres à lui confiés par le donneur de garantie. Le créancier gagiste n'aura donc aucune action directe contre le dépositaire ; il exercera seulement son privilège sur la créance de remboursement née au profit du donneur de garantie. Suivant l'analyse à laquelle nous nous sommes livrés précédemment, la remise du récépissé aboutit ainsi alors à la mise en gage d'une créance distincte de la créance représentée par les titres déposés.

Le tiers convenu peut être imposé par les circonstances (1). Dans ce cas, il est toujours réputé avoir donné son adhésion à la constitution du gage et détenir pour le compte du créancier gagiste. Nous verrons tout à l'heure les difficultés que soulève l'intervention de son titre de détention aux yeux des tiers.

Contentons-nous pour le moment d'énumérer les principaux tiers convenus forcés, en matière d'avances sur titres.

Ainsi la société est tiers convenu pour les actions d'apport restées à la souche pendant les deux premières années à partir de sa constitution (2).

(1) Sur ce cas, Hémard, *op. cit.*, p. 104.

(2) Trib. com. Nantes, 23 avril 1898 ; *Rev. des soc.*, 1899, p. 256 ; Trib. com. Seine, 22 sept. 1898 ; *Rev. des soc.*, 1898, p. 487.

Mais le cas le plus fréquent est celui de l'usufruitier tiers convenu, vis-à-vis du créancier auquel le nu-propriétaire a donné son droit en garantie (1). En effet, dans ce cas, le titre, qui affecte la forme nominative, est immatriculé pour l'usufruit au nom de l'usufruitier et pour la nue-propriété au nom du nu-propriétaire. Mais il n'en existe qu'un seul exemplaire, remis à l'usufruitier, puisque c'est lui qui en a la jouissance, qui en détache les coupons, etc.

L'usufruit légal du conjoint survivant, l'attribution de rentes aux victimes de certains accidents rendent cette situation très fréquente en pratique. Le nu-propriétaire, s'il veut obtenir une avance en donnant son droit en garantie, se trouvera dans l'obligation de passer par l'intermédiaire de l'usufruitier tiers convenu. Nous verrons tout à l'heure les difficultés que soulève cette intervention.

β. — Le tiers convenu peut aussi être un précédent créancier gagiste. La vieille maxime : « nantissement sur nantissement ne vaut », interdisait autrefois cette combinaison. Personne ne doute plus aujourd'hui de sa disparition, et la validité de plusieurs nantissemments successifs sur une même créance est couramment admise par la jurisprudence. Il suffira d'obtenir du premier créancier gagiste, auquel le titre a été remis, qu'il prenne la qualité

(1) Sur le cas où c'est l'usufruitier qui met son titre en gage : Rouen, 14 juin 1847, S. 49, 2, 25 ; Cass., 19 juin 1848, S. 46, 1, 465 ; Cass., 11 mars 1879, S. 80, 1, 58 ; Cass., 23 déc. 1892, S. 93, 4, 15 ; Besançon, 18 déc. 1895, S. 96, 2, 71 ; Dijon, 4 juin 1897, P. F. 98, 2, 273 ; Carpentier, *Rép.*, v^o Banque, Banquier, n^o 271 et sqq.

de tiers convenu vis-à-vis de tous les créanciers successifs ; il n'en conservera pas moins son droit de préférence (1).

Chose curieuse, ces principes généraux ont été complètement méconnus par un arrêt récent de la Cour de Dijon, du 10 février 1902 (2), relatif à la mise en gage par un administrateur de société anonyme des actions déposées par lui au siège social en garantie de sa gestion. La Cour déclare nul un pareil nantissement, et elle en donne pour raison l'inaliénabilité dont sont frappées ces actions, en vertu du dernier alinéa de l'article 26 de la loi du 24 juillet 1867. Or la mise en gage de choses inaliénables a toujours été considérée comme valable (3), à condition que cette inaliénabilité soit temporaire, et c'est précisément notre cas ; que l'administrateur vienne à être remplacé sans avoir encouru aucune responsabilité, et il retrouvera le droit de disposer librement des actions par lui déposées au siège social. A ce moment le créancier gagiste, auquel il aura constitué un droit de préférence pendant la durée de ses fonctions, pourra procéder, s'il y a lieu, à la vente des titres et se payer sur le prix.

(1) Cf. là-dessus Hémard, *op. cit.*, p. 106 ; Paris, 15 nov. 1859, S. 1850, 2, 266 ; D. 51, 2, 23 ; Trib. civ. Seine, 1^{er} août 1889, D. F. 90, 2, 31.

(2) Cf. cet arrêt dans S. 1906, 1, 327.

(3) Nancy, 28 févr. 1905 ; Rec. Nancy, 1905, p. 103 ; Trib. civ. Seine, 21 juin 1898 ; Rec. Gaz. Trib., 1898, 2^e sem., 2, 541 ; Cass. crim., 2 juin 1888 et 9 nov. 1888, S. 89, 1, 393 et note Lyon-Caen ; Trib. Seine, 1^{er} avril 1887, l'Audience n° 3174 ; Trib. Seine, 2 mars 1892, l'Audience n° 5028 ; Cour de Paris, 5 avr. 1905, dans Gaz. Pal. 9, 10, 11 août 1905 D. 1905, 2, 225.

Mais, auparavant, le créancier gagiste, pour la mise en possession, devait passer par l'intermédiaire de la société tiers convenu. Or, cette société possède elle-même un droit sur les actions déposées en garantie de la gestion de son administrateur ; et, de l'avis de tous, ce droit n'est pas autre chose qu'un véritable droit de gage. Nous nous trouvons donc bien en présence d'un tiers convenu, qui est un précédent créancier gagiste. Mais cette constatation, conforme aux principes généraux de notre matière, n'a créé aucun obstacle à la validité du nantissement consenti par l'administrateur au profit d'un second créancier.

γ. — Enfin, quelque étrange que cela puisse paraître, le tiers convenu peut être le débiteur gagiste lui-même. Mais il faut alors suppléer à l'absence de dessaisissement par un fait notoire révélant aux tiers l'affectation du titre au paiement d'une dette. Supposons, par exemple, un titre à ordre revêtu de l'endossement de garantie ; la remise du titre au créancier gagiste devient inutile, puisque les tiers, à la simple inspection du titre, seront avertis de l'existence du gage. De même, au cas d'avances sur polices, certaines compagnies d'assurances se contentent de mentionner sur la police primitive, laissée en la possession de l'assuré, les sommes prêtées sur la valeur de rachat (1).

(1) Cf. sur le cas où le débiteur lui-même est tiers convenu : Cass. 9 avril 1894, D. 94, 1, 409.

**B. — Forme de la mise en possession au cas
de tiers convenu**

C'est le point le plus délicat de toute cette théorie. En effet, l'intervention du tiers convenu, dépouillée de toute manifestation extérieure, se réduit à un engagement par lequel le tiers convenu consent à détenir pour le compte du créancier gagiste, à devenir son dépositaire. Mais cet accord de volontés, cette convention est destinée à remplacer une mesure de publicité, la mise en possession. Il faut donc qu'elle ne reste pas purement subjective, qu'elle se traduise aux yeux de tous par un geste, par un appareil extérieur.

La jurisprudence ne pouvait plus s'en tenir à la remise du titre, pour remplir cette fonction de publicité. Il est rare que le tiers convenu ne détienne pas déjà le titre au moment de la constitution du gage ; exiger quand même la remise du titre, c'eût été interdire, dans ce cas, le nantissement d'une créance par tiers convenu. La jurisprudence a dû faire brèche à son système traditionnel, et admettre un certain nombre de faits jugés par elle suffisamment notoires pour avertir les tiers et tenir lieu de la remise du titre.

Mais la détermination de ces formes secondaires est une pure question de fait, pour laquelle le juge du fond est souverain (1). Aussi devrait-on renoncer à en

(1) Cf. sur cette question de fait les arrêts suivants : Cass., 3 août 1896, P. F. 98, 1, 212 ; Trib. Anvers, 14 nov. 1862, Pas. 63, p. 146 ;

faire l'énumération et à en apprécier la valeur, s'il n'était une dont l'emploi à soulevé des controverses particulièrement vives. La mise en gage des créances, ne l'oublions pas, comporte plusieurs formalités de publicité ; l'une d'elles, la remise du titre, devenant impossible, il était tout naturel que l'on songeât à employer l'expédient, déjà admis par la jurisprudence belge pour les créances sans titre, à remplacer la remise du titre par la signification.

C'est à propos du nantissement de la nue-propriété d'un titre que la question s'est posée, et il faut avouer que l'emploi de la signification paraissait imposé par les circonstances. Le nu-proprétaire ne peut pas donner directement son droit en gage ; il est obligé de passer par l'intermédiaire de l'usufruitier, tiers convenu, détenteur du titre. L'usufruitier n'est pas un tiers volontairement convenu entre les parties ; c'est un tiers imposé par la forme du titre. Qu'il vienne à refuser son concours au nantissement, à ne pas vouloir se constituer dépositaire du titre pour le compte du créancier gagiste, et le nantissement sera impossible. L'avantage de la signification, considérée comme forme de publicité suffisante pour faire de l'usufruitier un tiers convenu et réaliser ainsi la mise en possession du créancier gagiste, serait de permettre au nu-proprétaire de passer outre au refus de l'usufruitier.

Rouen, 17 mars 1896, *Mon. Jud.*, Lyon, 20 août 1896 ; Besançon, 18 déc. 1893, S. 96, 2, 71 ; Rouen, 26 juil. 1894 ; *Rec. Rouen*, 1894, 2, 209 ; Cass. Req. 28 déc. 1894 ; *Gaz. Trib.*, 28 déc. 1894 ; Cass. civ., 3 août 1896, S. 97, 1, 85. D. 97, 1, 211.

La jurisprudence, impressionnée sans doute par ces considérations de fait, n'est pas aussi nette sur ce point que dans la question de la créance sans titre. Ainsi plusieurs arrêts de Cours d'appel se sont contentés de la signification comme fait apparent destiné à avertir le tiers convenu ; et parmi ces derniers, un arrêt de la Cour de Paris du 7 nov. 1894 (1), est très fortement motivé ; il dénie à l'usufruitier le droit de se prévaloir de son refus de concourir au nantissement. Mais il n'en exige pas moins deux formalités distinctes de publicité : le transfert de garantie de la nue-propriété, destiné à prévenir le débiteur de la créance donnée en garantie ; et la signification, forme particulière de la mise en possession s'adressant au tiers convenu. Mentionnons aussi un jugement du Tribunal civil de la Seine, 31 juillet 1900, qui reconnaît à la signification le pouvoir de faire de la société, détentrice des actions d'apport restées à la souche, un tiers convenu par rapport aux tiers (2).

Le système de la Cour de Paris ne nous paraît pas fondé. Il y aurait un étrange manque d'harmonie à ce que la signification, impuissante à assurer la publicité du nantis-

(1) Cour de Paris, 7 nov. 1894, *Gaz. Pal.*, 94, 2, 672 ; *Ann. de dr. com.*, 1895, p. 51 et note Huvelin. — Cf. aussi Rouen, 12 juillet 1905, *Gaz. Pal.*, 19 oct. 1905 ; *Ann. de dr. comm.*, 1906, 2, 18 ; Besançon, 18 déc. 1895, S. 96, 2, 71 ; Nancy, 28 fév. 1905, *Rec. Nancy*, 1905, 103.

(2) Trib. civ. Seine, 5 juillet 1900, *Dr. fin.*, 1900, p. 443 et sqq. — Cf. aussi Trib. com. Nantes, 23 avril 1898, *Dr. fin.*, 1899, p. 241 : « Attendu, dit ce jugement, que des actions d'apport peuvent réellement faire l'objet d'un nantissement, même en dehors de toute forme matérielle régulière. » — Cf. aussi *J. des Soc. civ. et comm.*, 1901, 34.

sement d'une créance sans titre, et lorsqu'elle s'adresse au débiteur de la créance engagée, redevienne soudain efficace lorsqu'il s'agirait de mettre en gage une nue-propiété de créance. Mieux vaut reconnaître que dans un cas comme dans l'autre, la signification ne produit pas ce changement apparent, matériel, qui ne peut échapper aux tiers et s'impose à leur attention.

Mais alors dirons-nous, avec certains auteurs, que le nu-propiétaire est un créancier sans titre, dont le droit est inutilisable par voie de nantissement. Non, sans doute le titre existe ; il est entre les mains de l'usufruitier tiers convenu. Ce qui reste impossible, c'est la mise en possession, le phénomène objectif, qui crée la publicité. Il n'est d'ailleurs guère possible d'indiquer un moyen de remédier à cet état de choses. Bornons-nous à constater cette lacune certaine du système de publicité rudimentaire tiré de l'art. 2076 C. civ., et à signaler la nécessité pressante d'une intervention législative sur ce point (1).

II. — La remise du titre peut-elle être suffisante ?

De toutes les formalités de publicité, dont la loi a entouré le gage de créances, une seule est donc considérée par la jurisprudence comme toujours indispensable ;

(1) Cf. sur ce point la note de M. Huvelin dans *Ann. de dr. com.*, 1893, p. 51.

c'est la remise du titre qui traduit la mise en possession du créancier gagiste. C'est, d'ailleurs, la seule qui soit applicable à toutes les créances, indépendamment de leur forme ; à l'inverse, la signification est spéciale aux créances à personnes dénommées, le transfert de garantie, particulier aux titres nominatifs, l'endossement de garantie, propre aux titres à ordre.

Mais alors la jurisprudence si préoccupée d'assurer le rôle prépondérant de la remise du titre, ne pouvait-elle faire un pas de plus et s'en contenter même dans les cas où la signification, l'endossement ou le transfert semblent nécessaires ? L'idée ne tarda pas à apparaître dans les motifs des arrêts et, à l'heure actuelle, elle gagne chaque jour du terrain. Il est curieux d'en retracer le développement et de montrer la jurisprudence s'inspirant d'un simple adverbe, inséré dans un article du Code, pour en tirer une forme de gage simplifiée que la loi, sans aucun doute, n'a pas prévu.

Le point de départ de toute cette évolution se trouve dans l'art. 91 du Code de commerce ; et la question se pose pour le transfert et l'endos de garantie. Enfin, cela va sans dire, elle est spéciale au gage commercial.

Le transfert et l'endos de garantie sont prévus par les paragraphes 2 et 3 de l'art. 91 C. com. ainsi rédigés :

« ... Le gage, à l'égard des valeurs négociables peut aussi être établi par un endossement régulier, indiquant que les valeurs ont été remises en garantie ».

« A l'égard des actions, des parts d'intérêts et des obliga-

tions nominatives des sociétés financières, industrielles, commerciales ou civiles, dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la société, le gage peut *également* être établi par transfert, à titre de garantie, inscrit sur lesdits registres. »

Ces deux mots « aussi » et « également » se réfèrent à quelque disposition précédente, à l'égard de laquelle elles se présentent comme une exception. Mais quelle est cette disposition ? Si l'on oublie pour un moment l'arrangement typographique de l'art. 91, on ne tarde pas, nous l'avons vu, à trouver l'explication de ces deux adverbes ; ils se rapportent au droit commun du gage sur créances, aux formalités d'ordre général qui s'appliqueraient si la loi n'avait pas autorisé, par dérogation, le transfert et l'endos. Les paragraphes 2 et 3 de l'art. 91 renvoient donc à l'art. 2075 C. civ. qui prescrit la signification.

La jurisprudence, en thèse générale, n'accepte pas ce raisonnement ; elle préfère se cantonner dans l'art. 91 et n'en point sortir. Les paragraphes 2 et 3, suivant elle, renvoient au paragraphe 1 ainsi conçu : « le gage se constate à l'égard des tiers..., conformément aux dispositions de l'art. 109 du Code de commerce ». Elle en conclut que la loi permet d'employer indifféremment, soit le transfert et l'endos de garantie, soit les modes de constatation de l'art. 109. Mais cet art. 109 lui-même, qui réglemente à propos des achats et ventes, la preuve commerciale, n'exige pas toujours la rédaction d'un écrit. En définitive, les formes du gage se trouveront réduites à la remise du titre,

prévue par l'art. 92, dans des termes qui n'impliquent aucune dérogation.

Cette série de déductions s'appuie sur des arguments d'une logique en apparence rigoureuse ; ainsi on fait remarquer que les travaux préparatoires prouvent l'intention où se trouvait le législateur de 1863, de réduire au minimum les formalités du gage commercial. De plus, il ne serait pas logique, assure-t-on, d'aller chercher, ailleurs que dans l'art. 91 lui-même le complément des dispositions qu'il édicte ; et cette invraisemblance serait d'autant plus forte, qu'on trouverait ce prétendu droit commun du gage, non pas dans le droit commercial, mais dans le droit civil. Les paragraphes 2 et 3, sans contredit, constituent une exception, mais une exception à la règle générale posée par la loi dans les quelques lignes du paragraphe 1, qui les précède immédiatement.

La jurisprudence a déjà fait de ce système d'interprétation un usage assez fréquent. La première décision, qui admet cette forme de gage simplifiée, semble bien être un arrêt de la Chambre des requêtes du 17 décembre 1873 (1). A vrai dire, l'hypothèse qui nous occupe en ce moment est assez difficile à dégager de cette espèce, mais il n'est pas douteux qu'elle n'y soit implicitement contenue. Un mari, après la mort de sa femme, avait mis en gage 12 actions nominatives tombées dans la communauté. Or, la moitié des actions devait revenir aux héritiers de la

(1) Cass. req., 17 déc. 1873 ; S. 74, 1, 409 et la note de M. Labbé.

femme. A la demande de ces héritiers, la Cour d'appel de Douai et, sur pourvoi, la Cour de cassation prononcent la nullité du gage concernant six des actions. Mais, et c'est un détail qui n'avait point échappé à M. Labbé, annotateur de l'arrêt, la Cour ne prescrit au créancier gagiste que la restitution pure et simple des titres ; aucune modification au registre des transferts ne paraît nécessaire, ce qui montre bien qu'aucun transfert de garantie n'avait été effectué, et que le mari s'était contenté de remettre à son créancier gagiste les actions dont six n'étaient pas sa propriété. Ainsi, sans se prononcer formellement sur la validité du gage des actions restantes, — puisque la question qui lui était soumise était celle du partage de la communauté —, la Cour de cassation l'admettait implicitement. Dans tous les cas, c'est la première décision importante qui mentionne un nantissement de titres nominatifs par simple remise des titres.

Un arrêt de la Cour de Paris du 28 novembre 1878 (1) était plus catégorique. Une personne avait chargé un intermédiaire d'acheter pour son compte des titres nominatifs. Les titres achetés, le transfert avait été réalisé au nom de l'acquéreur, mais les titres eux-mêmes étaient restés entre les mains de l'intermédiaire, comme garantie du

(1) Paris, 28 nov. 1878, S. 79, 2, 129 et la note de M. Lyon-Caen, D. 79, 2, 133. « Considérant que si la loi du 23 mars 1863 modificatrice du titre 6 liv. C. com., a décidé, art. 91, § 3, qu'à l'égard des actions ou titres industriels nominatifs dont la transmission s'opère par un transfert, le gage sera établi par un transfert à titre de garantie..., elle n'a point disposé qu'une telle formalité serait substantielle. »

solde débiteur du compte. L'acquéreur, qui n'avait pas remboursé le solde, voulait s'opposer à la vente des titres par l'intermédiaire, en se fondant sur l'absence de tout transfert de garantie ; la validité du nantissement de valeurs nominatives, effectuée par simple remise du titre, était donc directement en jeu. La Cour de Paris, se fondant sur le système d'interprétation dont nous avons indiqué les grandes lignes, repoussa la prétention de l'acquéreur.

Même solution dans un arrêt de la Cour de Douai du 12 mars 1891 (1), où le débiteur gagiste ne réussit pas non plus à faire admettre la nullité d'un nantissement d'actions nominatives, pour lequel aucun transfert de garantie n'avait été opéré.

Quant au nantissement des titres à ordre par simple remise du titre, il n'a donné lieu qu'à une seule décision, un arrêt de Cassation du 12 mars 1879, qui en admet d'ailleurs la validité (2).

Que vaut au juste cette jurisprudence ? Pour la juger en toute connaissance de cause, il faut d'abord se prononcer sur la valeur du système d'interprétation des §§ 2 et 3

(1) Douai, 12 mars 1891, D. 93, 2, 140. « Attendu..., dit la Cour, qu'aux termes de l'art. 91 C. com., le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant pour les besoins de son commerce, se constate à l'égard des tiers comme à l'égard des parties contractantes conformément aux dispositions de l'art. 109 C. com.,... qu'ainsi les formalités exigées par l'art. 109 ont été remplies, etc... » ; Cf. aussi Besançon, 18 déc. 1895, S. 96, 2, 71.

(2) Req. 12 mars 1879, D. 80, 1, 118.

de l'art. 91 adopté pour les Cours d'appel. Malgré son apparence logique, il ne nous paraît pas fondé.

Il méconnaît tout d'abord le sens de la réforme de 1863, en donnant à l'art. 91 une autonomie qu'il n'a certainement pas. Avant 1863, le Code de commerce ne contenait aucune disposition relative au gage ; l'ancien art. 91 parlait du commissionnaire. La nouvelle rédaction ne constituait donc qu'une exception au droit commun du gage, qui, après la réforme de 1863 comme avant, se trouvait dans le Code civil et non point dans le Code de commerce. Les mots « aussi » et « également » se réfèrent donc à l'art. 2075 ; le transfert et l'endos y sont admis comme équivalents de la signification.

D'ailleurs les deux parties de l'art. 91 C. com. peuvent d'autant moins s'expliquer l'une par l'autre qu'elles ne se rapportent pas au même genre de formalités. Nous avons eu soin, au début de cette étude, de séparer les formalités du gage de créances en trois groupes distincts : deux règles de forme et la mise en possession. Le § 1^{er} de l'art. 91 C. com. ne fait pas autre chose que supprimer, pour le gage commercial, la nécessité de l'acte public ou sous-seing privé enregistré de l'art. 2075. Mais cette facilité accordée au commerce ne signifie pas que la loi ait renoncé à toute règle de forme. A côté de l'acte écrit, il y a le transfert ou l'endos de garantie, sans lesquels le gage n'est pas opposable aux tiers. Ce sont deux choses différentes, et l'on ne peut raisonner de l'une à l'autre. Le système, inauguré en 1878 par la Cour de Paris et adopté

depuis par d'autres Cours d'appel, repose donc sur une confusion. Que la rédaction d'un acte public ou sous-seing privé enregistré soit inutile en matière commerciale, c'est certain. Que la signification puisse être remplacée, pour les titres nominatifs et à ordre, par le transfert et l'endos de garantie, c'est non moins certain, et l'art. 91 le dit. Mais, en revanche, ce qu'on ne peut lui faire dire, c'est que le fait par la loi de ne plus exiger en matière de gage commercial la rédaction d'un acte écrit, emporte l'autorisation de se passer de transfert et d'endos de garantie (1).

Ainsi la jurisprudence ne donne aucun motif juridique sérieux à l'appui de sa décision. Mais on comprend parfaitement quelle raison d'analogie la poussait à se contenter de la simple remise d'un titre nominatif sans aucun transfert de garantie, pour déclarer le droit de gage valablement constitué. Nous avons vu qu'en matière commerciale tout au moins, le nantissement des titres au porteur se fait par simple tradition ; que même en matière civile certains arrêts avaient voulu dispenser les parties, au cas où des titres au porteur formaient l'objet de la garantie, de toute rédaction d'un acte authentique ou sous-seing privé enregistré, pour s'en tenir à la simple tradition. La jurisprudence se borne à étendre aux titres nominatifs et à ordre la solution déjà admise pour les titres au porteur.

(1) Lyon-Caen, *Tr. de dr. com.*, III, n° 268 et sqq. ; Guillaud, *Nant.*, n° 123 ; Thaller, *Tr. de dr. com.*, n° 887 ; de Loynes, *Nant.*, I, p. 146.

Cette tendance à se contenter de la simple remise du titre, effigie matérielle de la créance, pour déclarer le créancier gagiste saisi du droit lui-même, la jurisprudence ne la manifeste pas seulement dans la mise en gage des créances. Elle est plus générale et s'étend à tous les droits incorporels, quels qu'ils soient, dont le caractère commun est d'être impondérables, de n'être pas susceptibles d'appréhension de la part du créancier gagiste. Aussi, à chaque droit incorporel nouveau, dont la pratique lui suggère le nantissement, la jurisprudence cherche-t-elle une effigie matérielle dont le créancier puisse s'emparer. Ainsi, par exemple, l'équivalent, la représentation du droit de propriété littéraire et artistique, en matière de gage (1), ce sont, suivant certains arrêts, les livres, les planches gravées, dans lesquels s'est imprimée la pensée de l'auteur. De là cette tendance à identifier le titre avec le droit de créance lui-même.

Que vaut au juste cet essai de simplification appliqué aux titres négociables ? Il est d'autant plus étonnant, que la jurisprudence s'écarte ainsi très sensiblement des solutions par elle admises en matière de cession. Nulle part, en effet, dans notre droit, la jurisprudence ne s'est contentée de la livraison du titre nominatif pour déclarer la propriété de ce titre transmise à l'acquéreur. Elle exige

(1) Paris, 15 janv. 1874, D. 75, 2, 43, S. 76, 2, 10 ; Guillouard, *Nant*, n° 99 ; de Loynes, *Nant.*, I, p. 60. Cass., 25 mars 1901, *Gaz. Pal.*, 13 avril 1901, qui décide que la mise en gage d'un droit de propriété artistique et littéraire a lieu par la remise des volumes édités.

toujours le transfert de propriété. De même la simple détention par un tiers d'un titre à ordre, sans que ce tiers puisse invoquer aucun endossement à son profit, ne lui donne aucun droit à se dire titulaire de la créance.

Et c'est précisément d'un texte de loi, dont le but est sans aucun doute d'établir pour les titres nominatifs et les titres d'ordre une concordance parfaite entre les formes du gage et celles de la cession, que la jurisprudence tire les motifs qui la décident à rompre cette concordance, à détruire cette corrélation. Désormais il y aura entre la cession et le nantissement d'un titre nominatif cette différence, que la cession ne peut s'opérer autrement par un transfert, au lieu que la simple remise du titre est suffisante à réaliser le nantissement.

Le titre aurait donc, par rapport à la créance, une valeur représentative différente suivant qu'on se trouverait dans l'hypothèse d'une cession ou dans celle d'un nantissement. S'agit-il d'une cession ? le titre au porteur seul est considéré comme personnifiant la créance représentée, comme en constituant la représentation absolument adéquate ; et cela parce que le simple détenteur du titre, protégé par l'art. 2279, doit toujours être considéré comme le titulaire de la créance. Quant au titre nominatif ou à ordre, sa transmission reste subordonnée à l'accomplissement du transfert ou de l'endossement. Le simple détenteur du titre n'est pas titulaire de la créance. Sommes-nous en face d'un nantissement ? Alors, aux termes de la jurisprudence, le simple détenteur du titre,

qu'il soit nominatif, à ordre ou au porteur, acquiert un privilège sur la créance représentée. Le titre personnifie la créance, le droit lui-même, bien que le créancier gagiste ne se soit point saisi de ce droit, vis-à-vis du débiteur de la créance engagée, par un endos ou un transfert de garantie. Comme l'a très bien fait remarquer M. Thaller, cette même jurisprudence, qui en matière de cession de créances, se montre si réfractaire à toute théorie qui tend à personnifier le droit de créance dans le titre lui-même, en matière de gage, au contraire, n'hésite plus à adopter les solutions les plus hardies des théoriciens, qui cherchent à donner à la créance, en l'identifiant dans le titre, tous les avantages de circulation rapide qu'un droit incorporel n'a pas (1).

Cette disproportion entre les solutions de la jurisprudence relatives à la cession des titres nominatifs et à ordre et les solutions relatives au nantissement s'explique à notre avis par une situation de fait, spéciale au contrat de gage. Le créancier, auquel son débiteur a remis un titre nominatif lui appartenant, en échange d'une avance de fonds, n'est pas autre chose qu'un simple créancier chirographaire nanti d'un titre appartenant à son débiteur, mais n'ayant, contrairement aux affirmations de la jurisprudence, aucun droit à faire vendre le titre pour se payer par préférence sur le prix. Cependant cette simple détention du titre constitue pour lui une sûreté de fait très

(1) Cf. sur ce point Thaller, *De la nature juridique du titre de crédit*, dans *Ann. de dr. comm.*, 1906, p. 31.

efficace, mais à une condition, c'est qu'il pourra opposer à la demande en restitution de son débiteur un refus de se dessaisir, tant qu'il n'aura pas été remboursé des avances par lui consenties.

A cette condition, la sûreté de fait, résultant de la simple détention d'un titre nominatif ou à ordre par le créancier chirographaire, aboutira à lui donner un véritable droit de rétention. Il n'aura, en quelque sorte, que la moitié d'un droit de gage proprement dit. A l'inverse du créancier gagiste, qui n'a jusqu'à l'échéance qu'un droit de rétention, mais qui, à l'échéance, peut, sous certaines conditions, procéder à la vente et se payer par préférence sur le prix, le créancier chirographaire nanti d'un titre devra se contenter du droit de rétention, quitte à transformer à l'échéance sa sûreté de fait en un droit de gage véritable, en requérant de son débiteur le transfert de garantie ajourné.

Mais peut-on reconnaître au créancier chirographaire nanti d'un titre nominatif le droit de refuser à son débiteur la restitution de son titre, avant complet remboursement ? Sans aucun doute, au moment où le créancier a consenti à son débiteur une avance, en échange de la remise du titre, il y a eu, dans la pensée des parties, corrélation étroite entre le versement des deniers et la remise du titre. Ce serait donc méconnaître leur volonté certaine, et permettre au débiteur de tirer avantage de sa mauvaise foi, que de lui permettre de recouvrer son titre avant d'avoir remboursé sa dette. Nous nous trouvons donc en

présence d'une convention valable, d'une sorte de contrat innommé, dont l'effet est de donner au créancier chirographaire une sûreté de fait, dans ses rapports avec son débiteur.

Mais ce serait tomber dans l'erreur de la jurisprudence et confondre cette sûreté de fait avec un droit de gage véritable que de permettre au créancier chirographaire simplement nanti d'un titre nominatif, d'invoquer son droit de rétention à l'encontre des tiers. En effet, ce serait alors lui reconnaître un véritable privilège, dont la publicité n'aurait pas été réalisée conformément à la loi. Du moment que ce créancier ne s'est pas astreint à accomplir toutes les formalités que met la loi à la constitution du droit de gage, du moment qu'il s'est contenté de la remise du titre, il est juste que les tiers ne subissent point, du fait de sa négligence, une perte quelconque.

Toutefois, remarquons que ce respect du droit des tiers n'enlève pas à la simple remise du titre nominatif son utilité pratique. En fait, le créancier chirographaire nanti du titre nominatif ne se trouvera que très rarement en but aux réclamations des tiers. Ceux-ci ignorent le plus souvent l'existence de tel ou tel titre nominatif dans le patrimoine de leur débiteur; le seul moyen qu'ils auraient de la connaître, ce serait précisément d'avoir vu le titre entre les mains de ce débiteur et il ne s'y trouve plus. D'ailleurs, le créancier chirographaire nanti d'un titre nominatif aura toujours sur le créancier chirographaire auquel aucun titre n'a été remis cet avantage :

c'est que son débiteur ne pourra vendre le titre en question, sans l'en avertir ; c'est qu'il exercera ainsi un contrôle permanent sur la fraction du patrimoine de ce débiteur, qu'il est le plus facile de dérober aux recherches des créanciers.

En fin de compte, la remise d'un titre nominatif ou à ordre à un créancier chirographaire constitue bien pour lui une sûreté de fait très efficace. C'est, si l'on veut, une position d'attente, une sorte de gage en expectative, qui enlève au débiteur toute possibilité de fraude. C'est, en définitive, le gage réduit au simple geste qu'évoque dans l'esprit l'idée de garantie.

Il ne faudrait pas croire que ce phénomène de simplification soit particulier au droit français et spécial au crédit mobilier. Les systèmes les plus perfectionnés de crédit immobilier nous en fournissent d'analogues. Ainsi, dans le système australien de l'art Torrens, le droit du propriétaire s'identifie avec le titre, qui lui est délivré en conformité avec le feuillet du registre-matrice correspondant à son immeuble. Dans ce système, la constitution sur l'immeuble d'un « mort-gage », ou hypothèque, suppose l'inscription, requise par le créancier mort-gagiste, du droit constitué sur l'immeuble. Mais, à côté de ce droit de garantie complet, tel qu'il était prévu par la loi, la pratique ne tarda pas à en suggérer d'autres de plus en plus simplifiés. Ce fut d'abord l'opération qualifiée par sir R. Torrens de mort-gage en suspens. L'emprunteur rédige un acte de mort-gage en la forme ordinaire, qu'il remet,

avec son certificat de propriété, au prêteur ; celui-ci se borne à signifier au Registrar « opposition à l'inscription d'aucune autre convention relative à l'immeuble durant quarante jours à partir du moment où le Registrar lui aura notifié, à un domicile élu, l'intention d'inscrire le mort-gage ». On se borne ensuite à marquer le feuillet correspondant du registre-matrice d'une croix à l'encre rouge, pour rappeler l'existence d'un mort-gage en suspens (1).

Plus tard, un projet de décret vint prévoir une forme de contrat de garantie plus rapide encore : c'est le nantissement des certificats d'immatriculation, institution entièrement autonome, se substituant complètement à l'hypothèque pour les prêts à court terme. L'opération nouvelle se réduit à la remise du certificat de propriété faite par le prêteur à l'emprunteur ; plus d'acte de mort-gage, plus de notification au conservateur, pas même d'acte ayant date certaine ; l'opération est aussi peu publique que possible. Cette simple remise du certificat de propriété équivaut en fait à une véritable sûreté réelle, puisque le propriétaire, privé de son titre, ne peut plus disposer de son droit. L'immeuble, du fait de cette remise, se trouve en quelque sorte immobilisé entre les mains

(1) Cf. sur ce point Rapport de M. Massigli à la sous-commission juridique du cadastre, annexé au procès-verbal de la séance du 12 janvier 1893 et intitulé : *Avis proposé à la sous-commission sur le projet de décret concernant la conservation et la transmission de la propriété foncière et des autres droits réels immobiliers en Nouvelle-Calédonie*, p. 4 et sqq.

du détenteur du titre. C'est une sûreté de fait en dehors de toute affectation juridique de l'immeuble au paiement d'une dette déterminée (1).

D'ailleurs cette sûreté de fait ne donne pas au créancier nanti du certificat une sécurité absolue. La sécurité pour lui n'existe que tant que les tiers ne viennent pas lui contester le droit de détenir le titre. Ainsi il y a conflit possible entre le créancier nanti du certificat et le créancier investi d'une hypothèque légale ou judiciaire depuis le nantissement ; ou encore entre le créancier nanti et les créanciers simplement chirographaires auxquels son droit de rétention est préjudiciable.

En résumé, et pour conclure, nous dirons que la jurisprudence, qui jusqu'ici ne s'est point trouvée en présence d'un conflit caractérisé entre un créancier chirographaire nanti d'un titre nominatif ou au porteur avec un tiers, a eu le grand tort de reconnaître à ce créancier nanti, par rapport à son débiteur resté titulaire de la créance, la qualité de véritable créancier gagiste. Pour nous, il y a entre la situation de ce créancier nanti et celle d'un créancier gagiste toute la distance qui sépare un simple état de fait d'une institution juridique aux contours précis. La remise du titre est une sûreté de fait ; le gage sur créances est un contrat de garantie, prévu et réglé par la loi. Le tort de la jurisprudence est de confondre les deux choses sous une même qualification,

(1) Sir R. Torrens, *An Essay on the transfer of the land by registration*, p. 24 et sq.

d'attribuer à la sûreté de fait les avantages d'un gage véritable. Une différenciation serait d'autant plus utile, qu'elle respecterait les impérieuses exigences de la loi, sans méconnaître la volonté des parties.

CHAPITRE V

DES EFFETS DU CONTRAT DE GAGE, PENDANT LA DURÉE DU CONTRAT

Les effets du contrat de gage, pendant la durée de ce contrat, se résument en une formule très laconique : le créancier gagiste reste en possession. A l'égard du débiteur, cette possession constitue pour lui un avantage : c'est le droit de rétention. A l'égard des tiers au contraire, la mise en possession est pour le créancier gagiste une charge à laquelle il ne peut se soustraire, sans perdre du même coup son droit de préférence.

Quand le nantissement porte sur des meubles corporels, le maintien de la possession ne soulève aucune difficulté. Il s'agit uniquement de savoir si le créancier gagiste est toujours resté en possession, si, par suite de sa négligence, les tiers n'ont pu, à un moment donné, compter sur l'objet de la garantie : pure question de fait, pour l'appréciation de laquelle le juge du fond est souverain.

Mais le gage de créances soulève d'autres problèmes. On ne saurait, pour lui, se borner à rappeler le principe, quitte à laisser ensuite au juge de fond le soin d'en déter-

miner l'application. En effet, le débiteur gagiste, qui a donné son droit en garantie, n'en demeure pas moins titulaire de la créance engagée ; il conserve toutes les prérogatives attachées à cette qualité de créancier. Si son titre est une obligation, il continuera, comme par le passé, à en détacher les coupons, à toucher les intérêts ; il produira le cas échéant, à la faillite de son débiteur. Si c'est une action, il percevra les dividendes, pénétrera dans les assemblées générales, y exercera son droit de vote, se prononcera sur la dissolution ou la fusion de la société, poursuivra au besoin les administrateurs responsables.

Or, comment concilier ces droits du débiteur gagiste avec le paisible exercice du droit de gage ? Pour faire acte de créancier ou d'actionnaire, pour ne pas être déchu des avantages que comportent ces qualités diverses, en un mot, pour agir en maître, il se verra obligé d'exhiber à chaque instant son titre, de faire preuve à tout moment du bien fondé de ses prétentions. Or, cette présentation du titre, elle lui devient impossible dès que le nantissement existe. Le créancier gagiste s'en est emparé ; il ne consentira plus à s'en dessaisir, puisqu'il s'exposerait à voir les tiers méconnaître la situation privilégiée qu'il avait cru s'assurer.

Ainsi envisagé, le conflit paraît inextricable ; la loi, d'ailleurs, n'a rien prévu à cet égard, et la jurisprudence, livrée à ses seules ressources, n'a pas toujours réussi à organiser un *modus vivendi*, permettant aux droits

respectifs du créancier et du débiteur gagistes de s'exercer sans heurts, tout en respectant les intérêts des tiers. Pour déterminer avec exactitude les conséquences du contrat de gage sur créances, la meilleure méthode consiste à se placer successivement à trois points de vue différents :

1° Rapports du créancier gagiste avec le débiteur de la créance engagée.

2° Rapports du créancier gagiste avec le donneur de garantie.

3° Rapports du créancier gagiste avec les tiers.

*1° Rapports du créancier gagiste avec le débiteur
de la créance engagée.*

Il faut partir d'un point certain : c'est que la constitution du nantissement n'opère au profit du créancier gagiste ni cession, ni délégation de la créance engagée. Celui-ci est détenteur du titre, mais on ne peut le considérer à aucun degré comme titulaire du droit lui-même.

Dans ces conditions, les rapports entre le créancier gagiste et le débiteur de la créance engagée sont réduits au minimum.

Le créancier gagiste, cependant, a le droit de toucher les intérêts ; l'art. 2081 le lui donne expressément à charge par lui d'imputer les sommes ainsi perçues, soit sur les intérêts de sa propre créance, soit sur le capital, si elle n'est pas productive d'intérêts. Mais le droit de pour-

suivre le recouvrement du capital de la créance lui est refusé, sauf dans le cas, prévu par l'art. 91 § 5 C. com., où le gage a été constitué en effets de commerce. Bien mieux, si la créance arrive à échéance pendant la durée du gage, le créancier gagiste ne peut pas en toucher le montant. Notre droit présente à cet égard une très regrettable lacune, qui n'existe pas dans le nouveau Code civil allemand, dont le § 1282 prévoit le paiement fait pendant la durée du gage au créancier gagiste. Dans notre Code civil, on trouve bien un art. 1240, qui parle du paiement fait de bonne foi au possesseur de la créance; mais le créancier gagiste n'est pas possesseur de la créance au sens de l'art. 1240, il n'est que détenteur du titre, ce qui est bien différent (1). La possession d'une créance, au sens juridique du mot, est impossible : on ne possède que des objets matériels ou des immeubles. Celui que l'art. 1240 appelle possesseur de la créance, est, en réalité, un créancier apparent, putatif. Mais depuis longtemps la doctrine distingue le créancier apparent du détenteur de titre, et le créancier gagiste rentre certainement dans cette seconde catégorie ; il n'est ni créancier véritable, ni créancier apparent. Il ne peut donc invoquer l'art. 1240, et en l'absence de toute disposition analogue à celle du § 1282 B. G. B., on doit lui refuser le droit de recevoir, de sa propre autorité, le paiement de la créance engagée, sans avoir obtenu au préalable

(1) Ce point n'est pas douteux. — Cf. en particulier Dalloz, *Nouv. Code civ. ann.*, sur l'art 1240, pour l'indication des références.

l'assentiment du donneur de garantie, resté seul titulaire du droit. Nous verrons, en examinant les rapports du créancier gagiste avec les tiers, à quelles conséquences conduit cette solution ; nous verrons aussi, en traitant des effets du contrat de gage à l'échéance, quels palliatifs a proposés la jurisprudence.

Mais si le débiteur de la créance engagée ne saurait faire au créancier gagiste un paiement libératoire, en revanche peut-il payer autrement qu'en l'acquit de ce dernier ? Supposons, en effet, que le créancier gagiste ait adressé au débiteur de la créance engagée une signification, qu'il l'ait prié d'inscrire un transfert de garantie, ou encore que le titre soit revêtu de l'endos de garantie : le débiteur de la créance engagée a eu connaissance du contrat de gage. Il se trouve désormais dans la situation du tiers saisi, qui ne peut plus s'acquitter au détriment du créancier saisissant. Tout paiement, fait au préjudice du créancier gagiste, ne lui sera pas opposable. Aussi, dans le cas où sa dette arrive à échéance, le débiteur, qui ne saurait ni payer autrement qu'en l'acquit du créancier gagiste, ni lui verser directement les fonds, sans s'exposer à être poursuivi par son créancier primitif, fera-t-il sagement de consigner la somme. C'est le meilleur moyen qu'il puisse avoir de dégager complètement sa responsabilité.

Mais si le créancier gagiste n'est pas directement créancier du débiteur de la créance engagée, en revanche, il est créancier de son donneur de garantie ; et il peut à ce titre invoquer l'art. 1166 pour exercer tous les droits et

actions de son débiteur, forme de protection commune à tous les créanciers, quels qu'ils soient.

Cependant, ce rappel si simple de principes généraux a soulevé quelques difficultés, dans le cas où le créancier gagiste a reçu en garantie des actions. On s'est demandé s'il n'avait pas alors d'action en responsabilité contre les administrateurs de la société, dont les actions lui avaient été remises. La question s'est posée devant la Cour de cassation à propos de l'action en responsabilité pour perte de plus de la moitié du capital (1). La Cour de Dijon, dans un arrêt du 10 février 1902, avait refusé à un créancier gagiste le droit de poursuivre les administrateurs, pour l'unique motif que son droit de gage n'aurait pas été conservé par une mise en possession constante. La Chambre des requêtes, saisie sur pourvoi, 5 janvier 1903, déclara s'en rapporter, pour la validité du droit que le créancier réclamait sur les actions, à la décision souveraine du juge du fond, mais elle ajoutait : « Attendu que même en ladite qualité de créancier gagiste, B... aurait bien été recevable à invoquer la responsabilité des administrateurs, à raison de faits de gestion postérieurs à la naissance de

(1) Cass. Req., 5 janv. 1903, D. 1903, 1, 118, S. 1906, 1, 327, *J. des Soc. civ. et com.*, 1906 et la note de M. Decugis. — Cf. aussi Demogue, *Rev. trimest. de dr. civ.*, 1904, p. 438. « Attendu, dit l'arrêt de Cass., que même en ladite qualité de créancier gagiste [que le juge du fait lui déniait], Bretilot aurait bien été recevable à invoquer la responsabilité des administrateurs, à raison de faits de gestion postérieurs à la naissance de son privilège. » L'arrêt était rendu sur pourvoi d'un arrêt de la Cour d'appel de Dijon, 10 fév. 1902, S. 1904, 2, 97.

son privilège, s'il avait préservé celui-ci de la déchéance édictée par l'art. 2076 C. civ. » C'était reconnaître au créancier gagiste sur actions un droit propre de poursuite contre les administrateurs.

Il faut dire que les circonstances se montraient particulièrement favorables, en l'espèce, à la reconnaissance de ce droit, car le débiteur gagiste était lui-même administrateur de la société dont il avait donné les actions en garantie.

Que vaut au juste cette affirmation de la Cour suprême ? En présence du laconisme de la décision, qui ne donne aucun motif à l'appui de cette action propre du créancier gagiste, deux explications possibles se présentent à l'esprit. Ce peut être l'action en responsabilité elle-même, accordée par la loi à tout actionnaire. Le créancier gagiste serait considéré comme un véritable actionnaire. Mais cette première justification a paru si hardie, si contraire à tous les principes généraux qui régissent le contrat de gage, qu'on en a proposé une seconde. L'action donnée au créancier gagiste aurait une base beaucoup plus générale : elle serait fondée sur l'art. 1382, et accordée au créancier comme à tous les tiers, à qui les fautes des administrateurs ont causé un préjudice (1).

Ces deux explications ne valent pas mieux l'une que

(1) Cf. la note de M. Decugis dans la *Revue des sociétés civiles et commerciales*. — Lyon-Caen et Renault, T. 2, n° 827 à 828 bis. Dalloz, Rép. Suppl. v° Société n° 1509, 1523, 1608. — *Rev. trimestr. de dr. civ.*, 1905, p. 338.

l'autre. Le créancier gagiste, nanti des actions, ne devient certainement pas actionnaire lui-même. Quant à l'art. 1382, son application en cette matière est hors de propos, car ce serait étendre indéfiniment la responsabilité des administrateurs, et reconnaître à un tiers quelconque, se prétendant lésé par leurs actes, le droit de les poursuivre.

Ici, comme partout, le créancier gagiste doit donc se contenter de l'art. 1166, qui lui permet d'agir, après avoir adressé à son débiteur une mise en demeure restée sans effet.

2º Rapports du créancier gagiste et du donneur de garantie.

Ils ne sont qu'une conséquence du principe fondamental que nous venons d'établir : l'absence de tout lien entre le créancier gagiste et le débiteur de la créance engagée. Le donneur de garantie reste donc seul titulaire de la créance engagée.

Mais il se heurte, dans l'exercice de son droit, au droit inverse reconnu au créancier gagiste, de détenir le titre. Ce conflit revêt un caractère d'acuité toute particulière au cas où ce sont des actions, qui forment l'objet de la garantie. Comment l'actionnaire pourra-t-il compléter ses versements, se présenter aux assemblées générales et y voter, s'il est privé de son titre ?

En dehors du paiement des intérêts, la loi n'a rien

prévu. Peut-on suppléer à son silence et trouver un procédé, grâce auquel les deux prérogatives contradictoires du créancier gagiste et du donneur de garantie, auraient libre jeu, sans courir le risque de se heurter sans cesse ?

Divers moyens ont été proposés dans ce but (1). Le plus simple consisterait à reporter de la personne du donneur de garantie à celle du créancier gagiste, l'exercice de tous les droits attachés à la détention du titre. D'ailleurs, a-t-on dit, cette attribution au créancier gagiste de prérogatives, réservées d'ordinaire au propriétaire de l'action, ne signifierait pas du tout qu'on le considère comme un actionnaire véritable. Il s'agirait pour lui de l'exercice d'un droit propre, indépendant de celui de l'actionnaire donneur de garantie, et puisé dans l'art. 2080 C. civ. Cet article rend le créancier gagiste responsable de la conservation du gage, qui lui a été confié ; elle lui confère donc le pouvoir de prendre telles mesures de précaution qui lui conviennent pour assurer cette conservation, à laquelle il a droit. Or, supposons par exemple que l'actionnaire seul puisse pénétrer dans les assemblées générales ; il compromettra peut-être, par son vote, la valeur du gage d'une façon irrémédiable. Il faut donc, de toute nécessité, que le créancier gagiste puisse y prendre part (2).

(1) Pont, *Soc. civ. et com.*, t. II, n° 1552 et 1675. De Prat, *Les Reports*, p. 75. Paris, 6 janvier 1897. *Gaz. Trib.*, 26 mars 1897 ; Paris, 19 janvier 1897, D. 1900, 2, 169 et la note de M. Thaller ; Lyon, 21 nov. 1894. *Ann. de dr. com.*, 1895, 1, p. 53 et la note de M. Huvelin. — Cf. aussi D. 75, 2 161.

(2) Cf. Dans ce sens, Huvelin dans *Ann. de dr. com.*, 1895, 1, p. 53.

Ce raisonnement n'est point parfait ; tout d'abord il modifie très sensiblement le sens véritable de l'art. 2080, qui établit une obligation à la charge du créancier gagiste et ne saurait à aucun degré légitimer son immixtion dans les rapports entre le donneur de garantie et son débiteur. D'ailleurs c'est bien ainsi que l'interprète la jurisprudence. En matière de gage de créances, notamment, elle en a tiré cette conséquence que le créancier gagiste, auquel des créances hypothécaires ou privilégiées avaient été remises en garantie, était responsable vis-à-vis du débiteur gagiste du maintien de l'hypothèque ou du privilège. La Cour de cassation, à deux reprises, a mis à la charge du créancier gagiste le défaut de renouvellement de l'inscription, et l'a rendu responsable de la péremption (1) : décision d'autant plus remarquable que le donneur de garantie pouvait tout aussi bien procéder au renouvellement lui-même. La disposition de l'art. 2080 ne constitue donc pas pour le créancier gagiste une

— Comp. à ce point de vue au simple créancier gagiste le reporteur qui, devenant propriétaire des titres, a incontestablement le droit d'assister aux assemblées générales. Paris, 19 janvier 1897, D. 1900, 2, 169 et la note de M. Thaller.

(1) Cass., 21 nov. 1894, D. 95, 1, 117.

Cass., 29 juin 1904, S. 1904, 1, 416 et *Gaz. Pal.* 1904, 2, 163 (cas du défaut de renouvellement d'une inscription de séparation des patrimoines). « Attendu que ni le silence de l'acte du 25 fév. 1887, ni l'intérêt de la dame Capdeville (titulaire de la créance garantie) n'excluent l'obligation légale qui incombe à Lacoste responsable de la détérioration du gage, en vertu de l'art. 2080 C. civ., de renouveler l'inscription ». — Cf. aussi Trib. com. Marseille, 30 mai 1901. Rec. Marseille, 1901, 1, 290.

source d'avantages : c'est une charge, et une charge très lourde.

De plus, si l'on reconnaissait au créancier gagiste le droit d'assister aux assemblées générales et d'y voter, ce ne pourrait être qu'au détriment du véritable actionnaire, dont la situation est aussi intéressante que la sienne. Pourquoi sacrifier les avantages certains que la loi attache à cette qualité d'actionnaire, au danger hypothétique que court le gage ? Devant cette impossibilité de choisir entre deux droits égaux. M. Huvelin a essayé d'appuyer d'autres motifs la préférence accordée au créancier gagiste (1). L'art. 27 de la loi de 1867, a-t-il remarqué, donne à tout propriétaire des actions ou à son mandataire, le droit d'assister aux assemblées générales. Il n'y a qu'à supposer, au profit du créancier gagiste, un mandat tacite, conforme à l'art. 27 de la loi de 1867, mandat irrévocable puisqu'il est intervenu aussi bien dans l'intérêt du mandant que dans celui du mandataire. Le droit du créancier gagiste ne sera donc qu'une émanation, un reflet du droit propre au donneur de garantie ; et ce dernier ne souffrira en aucun cas de cette privation, puisqu'il aura contre son mandataire, le cas échéant, une action en responsabilité.

Malgré tout, et de quelque nom qu'on le décore, c'est bien un sacrifice qu'on impose au donneur de garantie, sacrifice qu'il est impossible de lui infliger, en dehors de

(1) Cf. Huvelin, *Ann. de dr. com.*, 1895, 1, p. 53.

tout texte de loi formel. Aussi la Cour de Lyon, dans un arrêt du 21 novembre 1894, était-elle parfaitement fondée à refuser au créancier gagiste l'accès de l'assemblée générale ; et cette décision est d'autant plus intéressante à rappeler que la jurisprudence n'hésite pas à reconnaître au reporteur, véritable propriétaire des actions, le droit d'assister aux mêmes assemblées (1).

Mais alors, puisque le donneur de garantie, en l'absence de tout mandat exprès, conserve le droit de prendre part à l'assemblée générale, il faudrait lui permettre d'exiger du créancier gagiste la remise momentanée du titre. Pour cela, le meilleur moyen consisterait à enlever au détenteur du titre tout motif légitime de refus, en décidant que son privilège n'aura aucunement à souffrir de ce court déplacement, qu'il n'en résultera aucune perte de la possession à son préjudice. Malheureusement les Cours d'appel, souveraines sur cette question de fait en qualité de juges du fond, se refusent à admettre une pareille solution ; et la Cour de cassation, en règle générale, ne veut pas intervenir.

Pour parer aux résultats désastreux qu'entraîne fatalement pour le créancier gagiste l'abandon même momentané du titre, M. Demogue (2) a proposé une distinction. Le donneur de garantie serait-il rentré en possession de son titre dans le but d'accomplir un acte, qu'il avait seul qualité pour faire, par exemple l'assistance aux assemblées

(1) Cf. les références citées plus haut.

(2) Demogue, dans *Rev. trimest. de dr. civ.*, 1904, p. 428.

générales ? Le créancier gagiste ne perdrait pas la possession. S'agirait-il au contraire d'actes auxquels la participation du donneur de garantie n'est pas indispensable, dont le plus typique est le paiement des coupons ? Le dessaisissement du créancier nanti serait inexcusable et la perte du privilège s'ensuivrait. On cite, à l'appui de cette opinion, un arrêt de la Chambre des requêtes du 18 octobre 1898 (1), admettant que le fait de confier une police d'assurance donnée en gage à l'assuré pour débattre ses droits avec la compagnie n'emportait pas perte du droit réel de gage.

Malgré tout, cette distinction enlève à la remise du titre, considérée comme mesure de protection pour les tiers, toute efficacité réelle. La remise du titre, en effet, ne révèle aux tiers l'affectation de la créance engagée, qu'en tant qu'elle dessaisit le débiteur, qu'elle le prive de la libre disposition de son droit. Or, ce dessaisissement se traduira au dehors précisément le jour où le donneur de garantie devra renoncer, du fait de la mise en gage consentie par lui, à quelques-unes des prérogatives attachées à la détention du titre. Jusque-là, les tiers ignorent la constitution de la garantie ; ils ignorent même le plus souvent l'existence, au profit du donneur de garantie, de la créance qui en fait l'objet. Mais permettre à l'actionnaire, au créancier de rentrer en possession du titre chaque fois qu'il en aura un pressant besoin, c'est per-

(1) Cass. Req., 18 oct. 1898, S. 99, 1, 172. — Cf. aussi Douai, 26 janvier 1893, S. 93, 2, 333.

pétuer aux yeux des tiers l'équivoque, c'est supprimer en fait le dessaisissement, c'est ruiner le système de publicité basé sur la mise en possession du créancier gagiste.

Aussi, en dehors de toute intervention législative, renonçons-nous à attribuer, soit au créancier gagiste, soit au donneur de garantie, l'exercice exclusif de prérogatives incompatibles avec le maintien de la mise en possession. Nous sommes en présence d'un vice propre au système de publicité adopté par l'art. 2076 ; et toutes les tentatives de conciliation n'ont fait que mieux mettre en relief l'irréductibilité du conflit.

2° Rapports du créancier gagiste avec les tiers.

Nous venons de voir que l'intérêt des tiers obligeait le créancier gagiste à rester en possession du titre. Mais la perte de la possession ne résulte pas forcément de l'abandon du titre ; elle peut encore se produire sans que le créancier nanti se soit dessaisi, par suite d'un fait indépendant de sa volonté.

Le nantissement d'une créance ne fait naître, avons-nous dit, au profit du créancier gagiste aucun droit propre contre le débiteur de la créance engagée. Si la créance engagée vient à échéance avant que la créance garantie ne soit exigible, le créancier gagiste ne peut pas recevoir le paiement de sa propre autorité. Tout au plus provoquera-t-il, à titre d'expédient, le dépôt de la somme à la Caisse des dépôts et consignations.

On serait tenté d'en conclure que tout accord de volonté, intervenu entre le donneur de garantie et son débiteur, est destiné à substituer à la créance primitive donnée en gage, un droit nouveau, au détriment du privilège du créancier gagiste, ne lui serait pas opposable.

Que cet accord ait eu pour résultat la substitution à la créance primitive d'une nouvelle créance consentie en remplacement, ou encore qu'il ait abouti à la dissolution de la société dont les actions avaient été données en gage et à son absorption par une société nouvelle, dans les deux cas le privilège du créancier gagiste n'aurait subi aucune atteinte. Au lieu de porter sur la créance ou sur l'action primitive, il se serait exercé désormais sur les créances ou sur les actions livrées en remplacement de l'objet du gage original. Mieux encore, le créancier gagiste serait libre d'accepter cette substitution, ou de considérer comme nul et non avenu un règlement intervenu en dehors de lui. Et, dans cette seconde hypothèse, il requerrait du débiteur primitif un nouveau paiement, ou encore il méconnaîtrait la cession d'actif, qui avait mis fin à la société dont il détient les actions, et exigerait une liquidation nécessaire à la fixation du montant des sommes qui doivent lui revenir.

Au contraire, le créancier gagiste accepterait-il la substitution ? Nous nous trouverions en présence d'un cas de subrogation réelle. Le privilège du créancier gagiste serait en quelque sorte transféré sur la nouvelle créance, sur les actions de la société nouvelle. Un pareil résultat,

faisait-on remarquer, n'aurait rien d'extraordinaire ; la théorie de la subrogation réelle est implicitement consacrée par le Code, qui en fait usage dans un grand nombre de cas. A la jurisprudence d'y suppléer, quand aucun texte ne la consacre ; elle a su le faire, par exemple, dans le cas d'indemnité d'assurance payée à raison de l'incendie d'un bien propre d'un des époux commun en biens, en décidant que cette indemnité ne tomberait pas en communauté. Aujourd'hui, une nouvelle occasion se présente de compléter la construction juridique qu'elle a ébauchée. Mais il faut faire intervenir ici l'intérêt des tiers, vis-à-vis desquels la mise en possession doit constituer une mesure de publicité constante pendant toute la durée du gage.

C'est ce qui explique que tel n'ait pas été l'avis de la Cour de cassation. Jusqu'à ces derniers temps, la question ne s'était pas posée devant elle, lorsque, coup sur coup, deux espèces lui ont permis de se prononcer.

Dans la première, les créances primitivement données en gage ayant été remboursées, les deniers provenant du remboursement avaient été employés à l'acquisition de deux créances nouvelles. Le créancier gagiste, muni de l'autorisation de justice, avait requis à la vente, lorsque les créanciers chirographaires du même débiteur firent opposition, entre les mains de l'adjudicataire, au versement du prix au créancier gagiste. La Cour suprême, le 24 janvier 1905, leur donna gain de cause et déclara le créancier gagiste déchu de tout privilège sur les créances

vendues (1). Malheureusement, cette décision, comme l'a fait remarquer M. Lyon-Caen, n'est aucunement motivée, et la Cour se borne à énoncer une affirmation : « attendu, dit l'arrêt, que, bien qu'il soit constaté que les contrats d'acquisition de ces valeurs portaient l'indication de l'origine des deniers, elles ne pouvaient être affectées par privilège aux droits de créance du demandeur » [créancier gagiste] « qu'à la condition d'avoir été l'objet d'un nouveau contrat de nantissement ».

Quelques jours auparavant, le même problème s'était posé devant la Cour de cassation, dans des circonstances qui en rendaient la solution particulièrement délicate. Nous voulons parler de l'arrêt, déjà cité à propos de l'utilité de la signification, du 27 décembre 1904 (2). Deux débiteurs avaient donné à leur créancier, en garantie de ses avances, leurs parts dans une société en nom collectif dont ils faisaient partie. Postérieurement à cette mise en gage, la société avait pris fin par la transmission en bloc

(1) Cass., 24 janvier 1903, S. 1903, 1, 113 et la note de M. Lyon-Caen ; *Rev. trimestr. de dr. civ.*, 1903, p. 333, note de M. Demogue, D. 1903, 1, 493. « Attendu que... aux termes de l'art 2076, C. civ., le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis ou est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties, attendu qu'il est déclaré par l'arrêt attaqué que les créances Louvel et Chevreuil, qui avaient fait, avec d'autres valeurs, l'objet du nantissement..., ont été remboursées, que par suite le priv. du créancier gagiste ne pouvait s'exercer que sur les deniers remboursés. »

(2) Cass. civ., 27 déc. 1904, D. 1906, 1, 145 et la note de M. Appleton ; S. 1906, 1, 393 et la note de M. Naquet. — Cf. sur une question analogue, Cass. Belgique, D. 98, 2, 162.

et avant tout partage consenti par les liquidateurs, de l'actif social tout entier à une société anonyme fondée en remplacement de la première. Le créancier gagiste réclamait à la société anonyme son paiement. L'actif de la société en nom collectif, dit la Cour, a été transmis à la société anonyme grevé de toutes ses charges. Parmi ces charges, la plus importante était sans contredit le droit pour chaque associé d'intervenir au partage, pour obtenir une fixation de part dans la liquidation. C'est sur ce droit que les débiteurs avaient consenti l'établissement d'un privilège. Or, par suite de la cession de l'actif à la nouvelle société anonyme, le droit au partage de l'actif de la société en nom collectif, qui existait au profit du débiteur gagiste, s'est transformé en une simple créance civile contre la société anonyme, ayant cause de la précédente. Donc, le nantissement, si la subrogation réelle avait été admise, aurait porté sur la créance d'une partie du prix de l'actif social, créance dûe par la société anonyme. Mais, la Cour refuse au créancier gagiste tout privilège, faute par lui d'avoir adressé à la société anonyme, débitrice du gage, la notification requise par l'art. 91, § 4.

L'autorité de cette décision est très discutable, car il semble bien que la Cour de cassation ait commis une confusion sur l'objet même du gage. Distinguons les deux nantissements successifs : le premier portait sur les parts d'intérêt appartenant au débiteur dans la société en nom collectif. Il donnait donc au créancier gagiste le droit de vendre ces parts, si à l'échéance il n'était pas remboursé.

Puis la société en nom collectif fait abandon de son actif à une nouvelle société anonyme : second nantissement, dit la Cour, portant sur la créance d'une partie du prix de l'actif cédé, créance née au profit de tous les associés de l'ancienne société en nom collectif et contre la nouvelle société anonyme.

Mais il s'agit justement de savoir si cette deuxième créance existait ; il est plus que probable qu'en fait chacun des associés avait reçu, en échange de ses parts dans la société en nom collectif, des actions de la nouvelle société anonyme. Dans tous les cas, la persistance d'une créance au profit de ces associés n'était pas démontrée. Il semble bien que la Cour suprême se soit placée, pour apprécier la survivance d'une charge incombant à la nouvelle société du chef de la société précédente, plutôt au point de vue du créancier gagiste, qui n'avait pas été remboursé de ses avances, qu'au point de vue de l'associé lui-même. En tout cas, elle emploie une expression très ambiguë, lorsqu'elle parle des charges qui grevaient l'actif de la société anonyme, « en qualité d'ayant cause de la première société, et notamment de celles qui faisaient l'objet de l'acte de nantissement ». Or, le créancier gagiste n'a jamais eu aucun droit propre contre la société en nom collectif ; il était donc mal fondé à réclamer à la société anonyme, son ayant cause, le remboursement de ses avances.

Quoi qu'il en soit, les deux arrêts du 27 décembre 1904 et du 24 janvier 1905 présentent un point commun : tous

deux ils décident qu'au cas où une transformation se produit dans le droit engagé, créance, action ou obligation, une transformation parallèle doit avoir lieu dans le droit du créancier gagiste.

L'arrêt du 24 janvier 1905 qualifie ce changement de nantissement nouveau. L'expression n'est pas très heureuse ; prise au pied de la lettre, elle créerait une confusion. Il n'y a pas nantissement nouveau, en ce sens qu'un nouvel accord de volontés n'est pas nécessaire, que le premier contrat de gage fixe toujours le rang de préférence du créancier gagiste. Mais le changement d'objet rend de nouveau indispensable l'accomplissement des formalités nécessaires pour rendre le gage opposable aux tiers.

En effet, c'est par rapport aux tiers que le privilège du créancier gagiste est frappé de caducité. Le titre, remis au créancier au moment de la constitution du gage, ne présente plus aucune créance ; le droit, qui s'y trouvait autrefois incarné, n'existe plus. L'objet de la garantie a changé ; du même coup, la mise en possession du créancier gagiste a disparu. Il ne peut désormais invoquer aucun motif de préférence à l'encontre des créanciers chirographaires de son débiteur.

Il ne suffit pas, en effet, d'une mise en possession, d'une remise de titre initiale, pour que le privilège du gagiste soit inattaquable. Ce titre, pour conserver entre ses mains sa valeur de moyen de publicité, doit refléter toutes les transformations subies par le droit lui-même. Par exemple, le nantissement d'obligations, produites à la faillite de

l'établissement émetteur pour fixation du dividende, s'opère par la remise non seulement des obligations elles-mêmes, mais aussi du bordereau de production. A plus forte raison ce complément de mise en possession devient-il nécessaire, quand, au lieu du montant de la créance, c'est la nature même de cette créance qui se trouve changée.

Faisons application de ces principes aux deux hypothèses examinées par la Cour de cassation. Dans le premier cas, le créancier gagiste ne pouvait continuer à jouir de son privilège qu'à la condition d'avoir exigé la remise des titres constatant les créances achetées en remplacement des créances précédemment engagées. Dans le second cas, et à supposer que le débiteur ait reçu, en échange de ses parts dans la société en nom collectif, un certain nombre d'actions de la société anonyme, ces actions devaient remplacer, entre les mains du créancier gagiste, l'exemplaire du pacte social constatant l'attribution à lui faite d'un certain nombre de parts de cette première société.

Tel est le véritable fondement des décisions de la Cour suprême.

Le maintien des droits du débiteur gagiste contre son propre débiteur n'est pas suffisamment justifié par le souci d'assurer en tout état de cause la persistance du privilège du créancier gagiste, puisque celui-ci s'est montré négligent. En revanche, les tiers ne doivent pas souffrir de cette négligence, et il faut leur donner sans hésiter le

droit de méconnaître un nantissement, pour lequel toute publicité a disparu.

En définitive, la détention par le créancier gagiste d'un titre, qui ne représente plus la créance actuellement existante au profit du donneur de garantie contre son propre débiteur, ne suffit pas à constituer une mise en possession efficace et opposable aux tiers. En d'autres termes, la mise en possession a disparu, entraînant avec elle le privilège du créancier gagiste.

CHAPITRE VI

DES EFFETS DU CONTRAT DE GAGE A L'ÉCHÉANCE

Lorsque, à l'échéance, le créancier gagiste n'a pas été remboursé des avances par lui consenties, que peut-il faire ? Il faut, à cet égard, distinguer encore une fois entre gage civil et gage commercial. Le privilège du créancier gagiste lui assure son paiement sur la chose donnée en gage, par préférence aux autres créanciers ; mais le privilège s'exerce de façon différente, dans les deux cas.

En matière civile, aux termes de l'art. 2078 : « le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage, sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à dûe concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle ».

En matière commerciale, au contraire, l'art. 93, modifié par la loi du 23 mai 1863, prescrit que « à défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut, après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des ob-

jets donnés en gage ». De plus, cet article reproduit la prohibition du pacte comissoire, dans les termes mêmes employés par l'art. 2078 C. civ.

Ainsi la loi consent aux commerçants créanciers gagistes une faveur certaine, en les dispensant de l'autorisation de justice exigée pour la réalisation du gage civil. Mais, en principe, il n'en reste pas moins que l'exercice du privilège du créancier gagiste est subordonné à la vente de l'objet engagé, dans les deux hypothèses.

Ce droit de vente, d'ailleurs, soulève diverses questions : qui peut exercer la faculté d'option laissée par l'art. 2078, entre la vente aux enchères publiques et l'attribution à dire d'experts ? Appartient-elle en propre au créancier ou lui faut-il l'assentiment du donneur de garantie, et, à défaut, l'autorisation du tribunal, pour choisir entre ces deux modes de réalisation (1) ? Cette faculté d'option s'étend-elle du droit civil au droit commercial (2), et, dans le cas où l'on adopterait l'affirmative, à quelles conditions s'y trouve-t-elle soumise (3) ? Quel sera le tribunal compétent pour statuer, et quels seront les effets du

(1) Toulier, VII, p. 91 et 92 ; Duranton, XVIII, n° 536 ; Colmet de Santerre, VIII, n° 304 bis. — Les trav. prép. du Code civil dans Fenet, XV, p. 217 ; Locré, XVI, p. 41 ; Troplong, *Nantiss.*, n° 400 et sqq ; Pont, *Pet. contr.*, II, n° 1140 ; Aubry et Rau, IV, § 434 ; Guillouard, *Nantiss.*, n° 172 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, p. 113 ; Laurent, XXVIII, n° 310 ; Thézard, n° 16.

(2) Guillouard, *Nantiss.*, n° 184. *Contrà* Civ. cass, 14 mars 1870, D. 70, 1, 222.

(3) Aubry et Rau, IV, § 434, texte et note 11 ; Lyon-Caen et Renaut, III, n° 313 ; Thaller, *Tr. élém.* p. 516.

jugement attributif du gage (1)? Quelle est au juste l'étendue et la portée de la prohibition du pacte commissaire? A quelles causes s'applique-t-elle et quelle en est la sanction (2)?

Ces questions sont communes à tous les contrats de gage, quel que soit l'objet de la garantie : objet corporel ou incorporel. L'extension de la solution choisie à la mise en gage des créances ne soulève aucune difficulté spéciale. Aussi n'avons-nous pas l'intention de reprendre l'exposé de toutes ces controverses.

En revanche, il ne sera pas inutile de montrer dans quelles conditions la mise en vente de la créance engagée pourra se produire, dans chacune des hypothèses que nous avons passé en revue au cours de cette étude. Nous serons ainsi amené à constater que, si la vente aux enchères convient parfaitement aux créances revêtant la forme de titres négociables en Bourse, elle ne constitue plus, dans un grand nombre d'autres cas, qu'un procédé de réalisation des plus imparfaits.

1° *Titres négociables en Bourse.* — Pour ceux-ci, la vente

(1) Troplong, *Nantiss.*, n° 402; Guillouard, *Nant.* n° 173; Req. 11 nov. 1867, S. 68, 1, 69. Colmet de Santerre, VIII, n° 304 bis.

(2) Cf. sur le pacte commissaire : Pothier, *Nant.*, 18; Fenet, XV, p. 297; Loaré, XVI, p. 15; Cujas, sur le titre : du Code de *distractione pignorum*; Voët, de *pignoribus et hypothecis*, XX, 1, 26; Troplong, *Nant.* n° 405; Pont, *Pct. contr.*, II, n° 1148; Guillouard, *Nant.*, n° 175; Duranton, XVIII, n° 537. Colmet de Santerre, VIII, n° 304 bis; Lyon-Caen et Renault, III, n° 113; Thaller, *Tr. élém.*, p. 516 et sqq, n° 905; Alauzet, *Tr. com.*, 1, n° 794, etc.

a lieu par le ministère d'un agent de change, dans les formes déterminées par le décret du 7 octobre 1890 (art. 70 à 73). La vente à la Bourse remplacé avantageusement, pour tous les titres cotés, la vente aux enchères. L'agent de change exige, d'ailleurs, une justification ; le créancier gagiste devra lui prouver que les formalités prescrites soit par l'art. 2078 C. civ. en matière civile, soit par l'art. 93 C. com. en matière commerciale, ont bien été remplies.

L'intervention d'un agent de change, pour opérer la vente des titres remis en nantissement, n'est prévue que par l'art. 93 C. com. Mais on ne doit faire à cet égard aucune distinction entre les deux sortes de gage. L'obligation de la vente en Bourse par l'intermédiaire d'un agent de change était, d'ailleurs, admise par la jurisprudence dès avant le vote de la réforme de 1863, pour le gage civil comme pour le gage commercial. Elle se déduit facilement des textes, qui interdisent la négociation des valeurs ou effets cotés en Bourse autrement que par l'intermédiaire d'un agent de change (1).

Nous avons vu que la jurisprudence reconnaissait au créancier, auquel un titre nominatif a été remis, sans qu'aucun transfert de garantie ait été opéré, sans qu'aucune signification ait été faite, la qualité de créancier gagiste ; elle lui donne donc le droit de vendre à l'échéance

(1) Cf. l'arrêté du 17 prairial an X et l'art. 76 C. com ; Req. 3 février 1862, D. 62, 1, 163 ; S. 62, 1, 369 ; Req. 14 juill. 1857, D. 57, 1, 436 ; S. 57, 1, 202.

la créance engagée. Pour nous, qui ne consentons à ce créancier qu'un simple droit de rétention sur le titre et non point un privilège véritable portant sur la créance elle-même, nous n'admettons point ce droit de vendre. Le créancier nanti du titre n'a qu'une sûreté de fait, qui consiste à refuser à son débiteur la restitution du titre, tant qu'il n'a pas été remboursé. Il faut remarquer, d'ailleurs, que ce refus de se dessaisir constituera pour le créancier gagiste une défense assez énergique, puisqu'il met le titulaire de la créance dans l'impossibilité matérielle de jouir de son droit.

2° *Titres non négociables en Bourse et créances à personnes dénommées.* — Pour toute cette catégorie de créances, il n'existe point de marché permanent analogue à la Bourse. Le tribunal confiera à un notaire ou à tout autre officier public le soin de procéder à la vente ; ou encore le créancier gagiste demandera qu'on lui attribue la créance, jusqu'à concurrence de la valeur fixée par le juge.

On ne s'explique pas que la loi n'ait pas admis dans une très large mesure un procédé de réalisation beaucoup plus rapide, et qui consisterait à donner au créancier gagiste non remboursé à l'échéance le droit de poursuivre lui-même, et en vertu d'un droit propre, le débiteur de la créance engagée, dans les conditions où son débiteur pouvait le faire, et jusqu'à complet remboursement.

Nous avons vu dans le chapitre précédent que la loi ne permet pas, en règle générale, au créancier gagiste de

toucher le capital de la créance engagée, encore moins d'exercer contre le débiteur de créance une poursuite quelconque. L'art. 2078, en effet, lui interdit de s'approprier le gage, et ce serait un moyen de réaliser cette appropriation que de toucher lui-même le montant de cette créance. Une seule exception a été admise, en matière commerciale, par l'art. 91 al. 5 et pour le gage constitué en effets de commerce (1).

Ceci s'entend du cas où il n'y a aucun accord spécial entre créancier et débiteur gagiste ; mais faut-il aller plus loin ? Supposons que le débiteur ait donné mandat au créancier gagiste d'agir en son nom contre le débiteur de la créance engagée ; cette convention tombe-t-elle sous le coup de la prohibition du pacte commissaire ? Nous ne le croyons pas, parce que, même alors, on ne peut pas dire que le créancier gagiste se soit approprié le gage au sens strict du mot. Il reste toujours comptable envers le débiteur gagiste des deniers par lui encaissés, puisqu'il n'est que son mandataire. Mais il pourra lui opposer la compensation jusqu'à due concurrence.

En revanche, un pareil mandat ne donne au créancier gagiste aucune sécurité ; il est toujours révocable au gré de son débiteur (2). On ne peut donc suppléer entièrement par cette voie à l'absence dans notre législation de toute

(1) « Les effets de commerce donnés en gage sont recouvrables par le créancier gagiste. »

(2) Dans le même sens, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, p. 98. — *Contrà* Laurent, XXVIII, n° 499 ; Guillaouard, *Nantiss.*, n° 142. — Cf. aussi *suprà*, p. 168 et *sqq.*

disposition analogue aux § 1282 et 1294 du Code civil allemand.

Mais, en pratique, cette question du droit de poursuite direct donné au créancier gagiste, contre le débiteur de la créance engagée, paraît n'offrir qu'une importance des plus minimes. On peut à grand peine trouver, dans toute notre jurisprudence, une unique décision, qui s'en soit occupé (1). Ce silence est facile à expliquer. Il y a en effet entre les formes de la cession de créance, et celles du nantissement un tel parallélisme, qu'il est toujours facile de faire rentrer une convention donnée dans l'un ou l'autre de ces deux cadres juridiques. En particulier, il est très difficile de distinguer le simple créancier gagiste, investi par le donneur de garantie du droit de poursuivre le débiteur de la créance engagée, d'un véritable cessionnaire de cette créance. La jurisprudence avait donc à sa portée un moyen très pratique d'esquiver la difficulté, c'était de confondre simple créancier gagiste et cessionnaire véritable. Il est probable qu'elle s'en est largement servie.

Cependant, il est tout au moins un cas où cette compensation, entre la somme que le débiteur de la créance engagée doit au constituant du gage et le montant du prêt en garantie duquel le nantissement sur créance a été consenti, paraît s'imposer. C'est le cas où le créancier gagiste a

(1) Cour de Bourges, 1832, D. 54, 2, 152. Solution défavorable à la validité du mandat.

précisément pris en gage la créance que son emprunteur avait contre lui-même. Nous savons que cette hypothèse un peu compliquée se trouve réalisée dans le cas d'avance sur police d'assurance sur la vie, consentie par l'assureur à l'assuré. Il est évident que l'assureur, créancier gagiste, au cas où il ne serait pas remboursé au jour de l'échéance du contrat, de l'avance consentie par lui dans les limites de la valeur de rachat, ne devra plus à l'assuré que la différence entre le montant de cette valeur de rachat et le capital assuré. Supposons par exemple que l'assuré, ayant contracté une assurance à terme fixe, vienne à tomber en faillite, au moment où la compagnie s'apprête à lui verser le montant du capital assuré; supposons en outre que cette compagnie lui ait consenti, au cours du contrat, une avance qu'il n'a pas encore remboursé. L'assureur s'acquittera envers la masse en versant le montant de l'assurance, déduction faite de l'avance consentie par lui. Il n'en sera pas réduit, après avoir versé à l'actif de la faillite le capital prévu au contrat, à produire à cette même faillite pour la restitution de l'avance sur police, quitte à être payé en monnaie de dividende. En d'autres termes, il sera privilégié pour la restitution de cette avance; il viendra par préférence aux créanciers chirographaires. C'est l'effet du privilège de créancier gagiste, qu'il peut invoquer, et qui s'exerce par voie de compensation.

Mais supposons maintenant la situation inverse: par suite de la faillite ou de la liquidation judiciaire de la compagnie assureur, un contrat d'assurance en cours, et

au sujet duquel une avance sur police a été consentie, prend brusquement fin. Nous avons vu précédemment quels étaient les effets de cette faillite : à dater du jugement déclaratif, la compagnie perd le bénéfice du terme pour le paiement de la portion exigible du capital assuré. Elle en doit la restitution immédiate au titulaire de la police. En revanche la résiliation du contrat impose aussi à l'assuré l'obligation de restituer le montant de l'avance. Sans doute les polices ne rangent pas en termes exprès l'éventualité de la faillite de l'assureur, au nombre des circonstances qui entraînent l'exigibilité de l'avance. Mais il est clair que la volonté implicite de l'assureur est de ne point consentir à l'assuré un 'prêt pour une période de temps plus longue que la durée même du contrat d'assurance (1).

Dans ces conditions l'assuré, auquel la compagnie doit une partie du capital assuré, et qui lui doit en retour le remboursement de l'avance, peut-il invoquer lui aussi la compensation, au même titre que la compagnie l'aurait fait ? Ne sera-t-il obligé de produire à la faillite et soumis à la loi du dividende que pour l'excédent de sa créance contre la compagnie sur sa dette envers elle ?

Nous avons vu qu'on avait essayé de justifier l'affirma-

(1) Cf. sur tous ces points la consultation de M. Lyon-Caen sur le jugement du tribunal civil de la Seine du 9 déc. 1903. — Raynaud, syndic de la Caisse générale des familles c. Heim et autres.

tive en invoquant la théorie du compte-courant et en prétendant que l'assuré n'avait à produire à la faillite que pour le solde. Mais nous avons reconnu que cette théorie, repoussée d'ailleurs par la Cour de Paris, ne se justifiait à aucun degré : tout d'abord, la compensation légale est impossible entre la dette d'un tiers envers le liquidé ou le failli et la dette de celui-ci, envers ce tiers, devenue exigible seulement en vertu du jugement déclaratif. De plus, l'opération dite avance sur police constitue, non point un des articles dépendant d'un compte-courant indivisible, mais un véritable prêt sur nantissement de créance.

Aussi devons-nous en conclure que, si l'assureur, créancier gagiste, est fondé à invoquer la compensation, l'assuré n'a pas le droit de se libérer de la même façon. Leur situation est différente : L'assureur est créancier gagiste, l'assuré au contraire ne peut invoquer comme cause de préférence le hasard qui le rend à la fois créancier et débiteur d'un même failli. D'ailleurs, la solution inverse conduirait à un résultat étrange. Supposons qu'on admette l'assuré, auquel une avance a été consentie, à invoquer la compensation. Du même coup, les assurés de la compagnie tombée en faillite seraient divisés en deux groupes : ceux qui n'ont rien emprunté à la compagnie, se trouveraient soumis à la loi du dividende pour leurs créances entières ; en revanche, ceux qui ont eu recours à ses bons offices et ont obtenu d'elle des avances, ne subiraient la réduction au dividende que pour l'excédent de leurs

créances sur leurs dettes. Cette simple constatation doit suffire à montrer la fausseté d'une théorie, qui parvient à déduire d'une constitution de gage sur créance un véritable droit de préférence, non point pour le créancier gage, mais pour le donneur de garantie.

CONCLUSION

Nous voudrions, en terminant cette étude, nous demander jusqu'à quel point il serait possible de faire œuvre réformatrice, et dans quelle mesure on pourrait corriger les inconvénients de la législation actuellement applicable à la mise en gage des créances.

A certains égards, il serait très facile de donner à la pratique les satisfactions qu'elle réclame. Ainsi il suffirait de supprimer toute distinction entre gage civil et gage commercial, pour permettre aux banques, qui pratiquent l'avance sur titres, de se trouver en règle avec la loi, quelle que soit la destination finale assignée par les emprunteurs au prêt qu'ils ont sollicité.

D'ailleurs, si le législateur hésitait à proclamer résolument l'unification des deux sortes de gage, il pourrait se contenter de dire que tout prêt sur gage, consenti par un commerçant, sera commercial. Cette exception à la théorie de l'accessoire, faite en faveur du commerce de banque, serait, nous l'avons vu, absolument justifiée.

Dans le même ordre d'idées, la fusion des règles de l'art. 2075 C. civ. et de l'art. 91 C. com. serait le meilleur moyen de faire disparaître les difficultés que soulève ac-

tuellement l'interprétation du texte voté en 1863. On en profiterait pour décider, une fois pour toutes, que le procédé de mise en gage dépend uniquement de la forme de la créance engagée ; et on éviterait ainsi à la jurisprudence les inutiles contradictions, qui encombre encore nos recueils d'arrêts.

En revanche, il y a tout un groupe de difficultés, dont nous ne croyons pas qu'elles disparaîtraient aussi aisément : ce sont celles que soulève la conception *actuelle* de la mise en possession par remise du titre.

Nous avons vu combien ces difficultés étaient nombreuses ; non seulement on les rencontre à la naissance du gage et lorsqu'il s'agit de décider si les tiers ont été suffisamment avertis, mais encore elles continuent pendant toute la durée du gage. Et c'est cette nécessité primordiale de maintenir le créancier gagiste en possession du titre, qui rend si difficile l'établissement d'un *modus vivendi* entre ce créancier gagiste, simple dépositaire du titre, et le véritable titulaire de la créance engagée.

On hésite d'autant plus à porter remède à cet état actuel des choses, que la jurisprudence semble le considérer comme très favorable à ses desseins. Comment expliquer, en effet, l'opiniâtreté véritable avec laquelle elle exige que le débiteur gagiste soit dépossédé de son titre, sinon par le désir qu'elle a d'assurer au créancier gagiste une situation prépondérante, en lui permettant d'exercer un contrôle véritable sur l'exercice du droit engagé ? Désir d'autant plus légitime, qu'il se justifie aussi par l'intérêt des tiers,

auxquels cette gêne infligée à un débiteur commun, dans la gestion de sa fortune mobilière, révélera, mieux que ne pourrait le faire n'importe quelle publicité légale; l'existence d'une affectation privative par voie de mise en garantie.

En réalité, cette délicate question de la mise en possession par remise du titre présente donc deux aspects très différents.

Au point de vue théorique, il est évident que l'adaptation faite par la jurisprudence des articles 2076 C. civ. et 93 C. com. relatifs à la mise en possession, n'est guère justifiable. Le créancier, auquel le titre a été remis, ne peut pas être considéré comme possesseur de la créance, puisque cette créance, droit incorporel, n'est pas susceptible de possession. Il faut donc renoncer à comprendre pourquoi la jurisprudence accorde tant d'importance à cette remise du titre; pourquoi, entre tant de formalités constitutives du gage de créances dont l'emploi pouvait souvent s'imposer avec plus de force, elle s'attache avant tout à la mise en possession, pour en faire la base de tout système de publicité.

Mais au point de vue pratique, il n'en va plus de même; et c'est uniquement sur le terrain des faits que la remise du titre prend toute son importance. En pratique, on peut dire que remise du titre équivaut à mise en possession effective, dès que l'exercice du droit est indissolublement lié à la détention du titre lui-même.

C'est en parlant de ce rapport de dépendance entre la dé-

tention du titre et l'exercice du droit que la jurisprudence a pu établir entre le titre au porteur et le titre nominatif ou à ordre cette surprenante assimilation, qui produit entre les formes de la mise en gage et celles de la cession une rupture d'équilibre si difficile à expliquer.

Ainsi se trouve justifiée l'importance toute particulière, dans le nantissement des créances, du droit de rétention appartenant au créancier gagiste. En détenant le titre, le créancier exerce sur le droit lui-même une maîtrise de fait véritable, qui rend sa situation privilégiée inattaquable, tant au regard de son propre débiteur qu'au regard des tiers dûment avertis.

Auprès de cet événement capital, le rôle des autres formalités constitutives du gage ne pouvait plus être que modeste. Il n'a pas tardé à le devenir, et nous avons relevé dans la jurisprudence les diverses étapes de cette transformation.

Mais il est assez difficile de se prononcer sur la valeur exacte de cette construction jurisprudentielle. Nous lui faisons, pour notre part, une très grave objection : c'est d'imposer au respect des tiers et au particulier des créanciers chirographaires, un privilège en dehors des formes précises que la loi avait prévues.

Lorsqu'on y réfléchit, on ne tarde pas à se rendre compte qu'il serait possible de procéder souvent tout autrement que la jurisprudence ne l'a fait. Reprenons l'exemple du titre nominatif et, au lieu de nous attacher comme elle à la mise en possession, envisageons l'hypo-

thèse où notre législation ferait du transfert de garantie la seule formalité indispensable à la constitution d'un droit de gage ou un titre de cette sorte.

Les avantages d'une pareille réforme sont faciles à dégager. Le premier et le plus important, serait de donner à cet élément de fortune mobilière essentiellement vagabond qu'est un titre, une assiette fixe dans le registre des transferts tenu au siège de la société qui l'a émis. Ce registre rendrait, en matière de gage, les mêmes services qu'un registre d'immatriculation dans le système hypothécaire le plus perfectionné.

Partant de là, les tiers sauraient toujours où s'adresser pour connaître la situation exacte de cette portion d'un patrimoine donné et l'étendue des charges qui pèsent sur elle.

De même les nantissements successifs d'une même créance seraient considérablement facilités, du fait que le premier créancier gagiste n'aurait plus à prendre la position de tiers convenu vis-à-vis des créanciers gagistes postérieurs. On éviterait donc toutes les questions très délicates, souvent même inextricables, que soulève l'application du système actuel de la mise en possession par remise du titre à ce cas très spécial du tiers convenu.

Enfin, dans l'hypothèse où la pleine propriété de ce titre nominatif se trouve partagée entre un usufruitier et un nu-propriétaire, on n'aurait plus à se poser l'angoissante question de la participation de l'usufruitier à la mise en gage de la nue-propriété. Le nu-propriétaire fe-

rait opérer un transfert de garantie de sa nue-propiété ; et il serait aussi facile d'exiger de l'usufruitier le minimum de bonne volonté indispensable à la réalisation de ce transfert, qu'il est difficile de lui imposer, en l'état actuel des textes, la qualité de tiers convenu, en dehors de tout consentement exprès.

En définitive, des nombreuses controverses que soulève le nantissement des titres nominatifs, plus aucune ne subsisterait, dans l'hypothèse où le transfert de garantie deviendrait la seule et unique formalité constitutive d'un droit de gage.

Dans ces conditions, pourquoi la jurisprudence n'a-t-elle pas dépensé, pour faire du transfert de garantie la base de toute constitution du gage de titres nominatifs, un peu de l'ingéniosité qu'elle mettait au service de la mise en possession ?

Il ne faut pas chercher les motifs de ses préférences ailleurs que dans la rédaction défectueuse du texte voté en 1863. Incertaine sur la portée exacte de cette réforme, la jurisprudence a pris le parti assez sage de laisser à peu près complètement de côté toute une réglementation confuse, qui avait le grand tort de multiplier les procédés de mise en gage pour une même créance, et de lui laisser toujours le soin de choisir.

Le système auquel elle semble le plus donner ses préférences, a tout au moins le mérite de la simplicité, et il

n'en fallait pas davantage pour lui assurer la prépondérance. En s'attachant à la remise du titre, la jurisprudence pouvait ajourner un grand nombre de questions relatives à la délimitation des domaines respectifs des articles 2075 C. civ. et 91 C. com., — questions sur lesquelles nous nous sommes étonnés qu'elle n'ait pas encore d'opinion faite, un demi-siècle après le vote de la loi.

En fin de compte, il faut reconnaître que la mise en possession, dans la technique du gage des créances, d'un plan bien marqué, joue avant tout le rôle d'un expédient. Elle satisfait à peu près tous les intérêts en présence : c'est une mesure de sécurité très suffisante pour le créancier gagiste ; c'est une mesure de publicité dont les tiers n'ont pas trop à se plaindre ; c'est un moyen commode et rapide pour l'emprunteur d'obtenir du crédit.

Voilà quelles sont les raisons d'être de son succès. En attendant que le législateur se décide à intervenir de nouveau, elle satisfait aux besoins les plus pressants, sans donner prise à de trop graves critiques. Et bien qu'en définitive, elle ne soit parfaitement adaptée à aucune des situations que crée le nantissement d'une créance, elle fournit un cadre suffisant à l'une des formes les plus vivantes et les plus modernes du crédit.

Mais c'est justement parce que la jurisprudence a su se passer à peu près complètement de l'art. 91 C. com. que ce texte ne soulève pas de trop graves critiques. On s'en contente faute de mieux, parce qu'on souffre rarement de ses

imperfections et de ses lacunes. Et voilà pourquoi nous n'aurons peut-être pas de longtemps la réforme législative qu'il serait si facile de réaliser.

Paris, le 30 mars 1907.

VU : *Le Président de la Thèse et Doyen,*
CH. LYON-CAEN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
C. LIARD.

Imp. Ed. Jolibois, Bar-le-Duc (Meuse).
